CANADIAN HUMAN RIGHTS COMMISSION

Legal Report 1999

Canadian Human Rights Commission
344 Slater Street, 8th Floor
Ottawa, Ontario, K1A 1E1
Telephone: (613) 995-1151
Toll Free: 1-888-214-1090
TTY: 1-888-643-3304
Fax: (613) 996-9661

Electronic mail: *info.com@chrc-ccdp.ca*

The 1999 Legal Report is a companion publication to the Canadian Human Rights Commission's Annual Report. It provides information on significant human rights decisions rendered by tribunals and the courts in Canada in 1999.

This publication is available as a sound recording, in large print, in braille, and on computer diskette to ensure it is accessible to people with disabilities.

It is also available on the Commission's web site at

http://www.chrc-ccdp.ca

© Minister of Public Works and Government Services 2000
Catalogue No. HR1-2/1999
ISBN: 0-662-64563-4

LEGAL REPORT 1999

Table of Contents

Introduction 1

Aspects of Equality 2

Resolution of Complaints 14

Age 14

Religion 15

Disability 16

Sex 19

Pay Equity 22

Hate Messages 26

Jurisdictional and Procedural Questions 29

Table of Cases 33

100-05146/

LEGAL REPORT 1999

Introduction

The essence of equality is to be treated according to one's own merit, capabilities and circumstances. True equality requires that differences be accommodated.

— Beverley McLachlin
Supreme Court of Canada
1999

Human rights law is a cornerstone of civil society in Canada, and the new Chief Justice's words remind us of its purpose: pursuing true equality. This purpose is central to the brief of the Canadian Human Rights Commission, and has been reflected during 1999 in decisions of the Supreme Court of Canada and of various courts and tribunals.

The principal decisions of the year under review have given guidance on human rights legislation: the values that inform it; the scope of its protection; the limits to defences against it; and the correct analysis of complaints under the Canadian Human Rights Act and the Charter of Rights and Freedoms. The clearest direction, however, comes from the courts' emphasis on addressing discrimination systemically, instead of continuing to rely on individual analyses and solutions.

In *Law* v. *Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the Supreme Court of Canada set out guidelines for the interpretation of human rights legislation in Canada. By articulating the values that lie at the heart of equality — dignity and justice — Mr. Justice Frank Iacobucci provided direction for the future analysis of discrimination complaints.

In *M* v. *H*, the Court gave guidance on the scope of the protection against discrimination provided by section 15 of the Charter. Justices Peter Cory and Frank Iacobucci, for the majority, declared that the courts should consider whether legislation exacerbates pre-existing disadvantages and vulnerability when considering Charter challenges to it. Their decision, which determined that section 29 of Ontario's Family Law Act was unconstitutional because it treated same-sex couples differently from heterosexual common-law couples, further recognized equal status under the law for lesbians and gay men.

The Court's decisions in two cases clarified defences to complaints of discrimination. *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *British Columbia Government and Service Employees Union,* referred to as the *Meiorin* case, is one of the most important decisions in equality law. In establishing the correct legal test for *bona fide* occupational requirements, it removed the previous distinction between the remedies for "direct" discrimination, which clearly differentiates on prohibited grounds, and "adverse effect" discrimination, in which seemingly neutral actions have a hidden discriminatory effect.

Whether accommodation involves female firefighters like Tawney Meiorin, people with visual impairments like Terry Grismer, or those with any other characteristic protected by human rights law, it ensures that opportunities for all Canadians are not limited by discrimination. Mr. Grismer's case, *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* v. *British Columbia (Council of Human Rights),* extended the application of the *Meiorin* test to the provision of services. Both the *Meiorin* and *Grismer* decisions oblige federally regulated employers and service providers to ensure that their standards foster real equality. They emphasize the need for systemic accommodation to ensure equal opportunity, rather than individual exceptions on a case-by-case basis.

Finally, a Federal Court ruling in the case of the *Public Service Alliance of Canada* v. *Treasury Board of Canada* confirmed that it was proper to interpret pay equity legislation broadly in order to address systemic discrimination against women. Furthermore, in declaring that equal pay for work of equal value was a fundamental human right, Mr. Justice John Evans established that the pay equity provisions of the Canadian Human Rights Act, like the legislation as a whole, were quasi-constitutional.

Aspects of Equality

Some employment standards are still preventing women from working in non-traditional occupations, but legal developments are now addressing this issue. In September, the Supreme Court of Canada said that a mandatory fitness requirement, when applied equally to men and women, was discriminatory because it held women to a male standard. The case of *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission)* v. *British Columbia Government and Service Employees Union,* referred to as the *Meiorin* case, marks a new development in the way these issues are dealt with. It compels employers to develop hiring standards based on substantive equality, rather than accommodating "difference" after the fact.

Tawney Meiorin had been employed by the province in an elite firefighting unit for more than two years. In 1994, on the recommendation of a coroner's inquest, the government introduced new fitness tests to assess whether candidates met the aerobic standard demanded of firefighters.

Ms. Meiorin passed three of the four tests, but failed the one that required running two and a half kilometres in eleven minutes or less. Despite a record of successfully fighting forest fires, she lost her job because her best time was 49.4 seconds too long.

The British Columbia Government and Service Employees Union grieved Ms. Meiorin's dismissal, arguing that the fitness standard inaccurately measured firefighters' job requirements.

Evidence at the arbitration demonstrated that most women have a lower aerobic capacity than most men, because of physiological differences. Although training can enable most men to meet the standard, most women, even with training, cannot increase their aerobic capacity to the level required. Moreover, the government failed to justify the test as a *bona fide* occupational requirement by providing any credible evidence that Ms. Meiorin's inability to meet the standard created a safety risk.

The labour arbitrator who heard the grievance concluded that the test was discriminatory; it had a disproportionately negative effect on women, and therefore excluded some people capable of fighting forest fires.

However, the British Columbia Court of Appeal quashed the arbitrator's order to reinstate Ms. Meiorin's employment with the province's Ministry of Forests. The Court commented that permitting her to continue in her job, despite the fact that she could not meet the test, would amount to "reverse discrimination."

In September 1999, the Supreme Court of Canada unanimously overruled the Court of Appeal and restored the arbitrator's award. In its decision, the Court rejected the "conventional analysis" that requires placing a case into one of two categories: "direct discrimination" or "adverse effect discrimination." In the case of direct discrimination, courts have, in the past, permitted employers to discriminate if they could demonstrate that a hiring or employment standard was a *bona fide* occupational requirement. In the case of adverse effect discrimination, i.e., when a job rule appears neutral but has an adverse effect on a particular group of people, the courts had previously required the employer to show only that there was a rational connection between the job and the standard, and that accommodating a particular employee was not possible without undue hardship.

In addressing adverse effect discrimination, the focus had been on accommodation rather than systemic change. This allowed employers and service providers to continue to apply discriminatory standards, as long as they took steps to accommodate people affected by them. The standards remained in place and continued to exclude those not prepared or able to challenge them or demand accommodation. This ultimately legitimized systemic discrimination.

The Court noted a number of other objections to the conventional approach. For example, not all cases can easily be characterized as direct or adverse effect discrimination. These categories are "malleable" — i.e., somewhat fluid — and an adjudicator might unconsciously classify a standard to fit the remedy that he or she was contemplating. Depending on the classification, the same discrimination could result in radically different remedies. Furthermore, there was little difference between what an employer had to establish as a defence to an allegation of direct discrimination and one of adverse effect discrimination. Finally, the conventional analysis differed from the approach taken to determine discrimination under the equality provisions of the Charter, which turned on a finding of discriminatory effect.

Speaking for the Court, Madam Justice Beverley McLachlin held that the conventional approach had outlived its usefulness. She wrote that it was "helpful in the interpretation of the early human rights statutes, and indeed represented a significant step forward in that it recognized for the first time the harm of adverse effect discrimination ... However well this approach may have served us in the past, many commentators have suggested that it ill serves the purposes of contemporary human rights legislation. I agree. In my view, the complexity and unnecessary artificiality of the aspects of conventional analysis attest to the desirability of now simplifying the guidelines that structure the interpretation of human rights legislation in Canada."

Justice McLachlin's new model for analysing whether a claim of a *bona fide* occupational requirement is acceptable involves three stages. The first is to identify the purpose of the standard and determine whether it is rationally connected to the performance of the job. This inquiry examines the legitimacy of the purpose, not the validity of the standard itself. If the purpose is not legitimate, or if it is not based on the actual needs of the job, then the resulting standard is not a *bona fide* occupational requirement.

At the second stage, the tribunal must decide whether the standard was established in an honest belief that it was necessary to accomplish the purpose identified in stage one. The employer must demonstrate that it thought the standard was necessary and that it was not motivated by discriminatory intent.

At the third stage, the tribunal must determine whether the standard is reasonably necessary to accomplish its purpose. The Court said that an employer, in order to defend a hiring or employment standard, would have to demonstrate that it was not excessive, and that avoiding discrimination against the claimant or others the standard had adversely affected was impossible without undue hardship. At this stage, the tribunal must consider whether non-discriminatory alternatives were explored by the employer; whether the employer's purpose could be

accomplished by establishing different standards for different workers; and whether third parties, such as unions, had assisted the employer in setting an appropriate standard. The judges did not refer in this case to what sort of financial, administrative or health considerations would constitute undue hardship, but previous cases provide guidance on this point.

In Ms. Meiorin's case, the Court held that the provincial government had met the requirements of the first and second stages, but had failed to meet the third — of demonstrating that the standard was reasonably necessary.

The Supreme Court of Canada found fault with the province on two counts. First, it had created standards based primarily on the abilities of several dozen elite, mostly male, firefighters, instead of testing a wider range of people to determine the minimum aerobic capacity necessary to do the job. Secondly, it had failed to demonstrate that this aerobic standard was needed in order to identify people able to work as firefighters safely and efficiently. Moreover, the province's studies failed to distinguish female from male test subjects. Therefore, the studies would not reveal whether a woman could satisfactorily perform a firefighter's duties even if she had a lower aerobic capacity than a man. Finally, the government provided no evidence of any hardship it would suffer if a different standard were used.

Accordingly, the Court held that the standard could not be used to justify Ms. Meiorin's dismissal. "There is no credible evidence showing that the prescribed aerobic capacity was necessary for either men or women to perform the work of a forest firefighter satisfactorily," Justice McLachlin wrote. "On the contrary, Ms. Meiorin had in the past performed her work well, without any apparent risk to herself, her colleagues or the public." The Court ordered that she be reinstated and compensated for her lost wages and benefits.

Confirming that the *Meiorin* case was the correct approach to considering defences to complaints of discrimination, the Supreme Court of Canada had the opportunity to apply the *Meiorin* test in an appeal of another case a few months later: *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles)* v. *British Columbia (Council of Human Rights)*, referred to as the *Grismer* case. The Council is now known as the British Columbia Human Rights Commission. The *Grismer* case dealt with the provision of a service — motor vehicle licensing — and the claim, by the respondent, that it had a *bona fide* justification for its decision.

Terry Grismer had a stroke in 1984 at the age of 40. The only lasting damage he sustained was a condition known as homonymous hemianopia, which deprived him of left-side peripheral vision in both eyes. Even though he could compensate for poor peripheral vision by various means, his driver's licence was revoked because of

a blanket driving ban on people with this condition.

Although Mr. Grismer repeatedly passed the driving test, he could not persuade officials of the British Columbia Superintendent of Motor Vehicles to reinstate his licence. His homonymous hemianopia prevented him from meeting the requirement of having at least 120 degrees of peripheral vision. This requirement was strictly applied to people with this condition, but not to others. This standard had been developed by the British Columbia Medical Association for the Motor Vehicle Department, and was subsequently adopted by the Canadian Medical Association.

After his fourth licence refusal, Mr. Grismer filed a complaint with the British Columbia Human Rights Commission, which found in his favour. The Superintendent was ordered to assess Mr. Grismer and to place restrictions on his driver's licence if necessary. Unfortunately, shortly after the case was heard, Mr. Grismer died from complications following an accident while riding a horse. The British Columbia Court of Appeal reversed the decision, and it subsequently came before the Supreme Court of Canada.

Speaking for the Court, Madam Justice Beverley McLachlin opened by endorsing the principle that people with disabilities should be judged by what they are able to do, not by abstract standards. "This case is not about whether unsafe drivers must be allowed to drive," she noted. "Rather, this case is about whether, on the evidence ... Mr. Grismer should have been given a chance to prove through an individual assessment that he could drive. It is also about combating false assumptions regarding the effects of the disabilities on individual capacities. All too often, persons with disabilities are assumed to be unable to accomplish certain tasks based on the experiences of able-bodied individuals. The thrust of human rights legislation is to eliminate such assumptions and break down the barriers that stand in the way of equality for all."

The Court held that Mr. Grismer had demonstrated a *prima facie* case of discrimination by showing that he was denied a licence because of a physical disability. The onus then shifted to the Superintendent of Motor Vehicles to prove, on the balance of probabilities, that the standard was justified.

The Court applied the *Meiorin* test as follows. First, it determined that the purpose of the standard was highway safety. Some degree of risk was tolerable, otherwise very few people would be allowed to drive. Justice McLachlin compared Mr. Grismer's situation to that of elderly people, who are given a chance to prove they can drive. Like everyone else, they are required to establish that they can drive reasonably — but not perfectly — safely. The standard therefore tolerates a moderate degree of risk, striking a balance between the need for people to be licensed

to drive and the need for safety on the public roads.

Next came the question of whether the Superintendent had established that the goal of reasonable road safety was rationally connected to the function of issuing drivers' licences. As a matter of common sense, the Court stated, drivers' licences should go only to people who can demonstrate that they can drive reasonably safely.

The second stage of the *Meiorin* test, whether the visual standard was adopted in good faith in the belief that it was necessary to ensure safety, was also beyond question. But the third stage of the test, whether the standard was reasonably necessary to accomplish the goal of reasonable highway safety, proved more troublesome. To meet this requirement, the Superintendent had to show that he could not meet the goal of maintaining highway safety, and accommodate people like Mr. Grismer as well, without incurring undue hardship.

The Court found that there were two ways to demonstrate that a blanket prohibition was reasonably necessary in this case. One could show that no one with a particular disability could safely operate a motor vehicle on the highway. Alternatively, one could show that accommodation was unreasonable, because individual testing of people with homonymous hemianopia was completely impracticable.

The British Columbia Court of Appeal had reasoned that people who lack peripheral vision are at a greater risk of accidents. However, a study introduced by the Superintendent indicated that some drivers with homonymous hemianopia were able to drive safely, and were licensed to drive in Britain, Japan, Finland and many of the American states. The lack of international unanimity undermined the Superintendent's presumption that people with homonymous hemianopia could never drive safely. Other evidence showed that people with this condition can compensate, to some extent, for their lack of peripheral vision by using prism lenses and by turning their heads from side to side to survey the road. While not everyone could use these methods to reduce the risks associated with this condition, it appeared that Mr. Grismer was able to do so.

Having failed to prove that no one with Mr. Grismer's condition could ever drive reasonably safely, the Superintendent had to show that accommodation by individual assessment was not feasible. However, the evidence revealed that two tests for road safety had been developed for people with homonymous hemianopia. Other possibilities included laboratory testing or a conditional licence.

The Superintendent alluded to the cost associated with assessing people with homonymous hemianopia, yet offered no precise figures. The Court replied that "one must be wary of putting too low a value on accommodating the disabled ...

impressionistic evidence will not generally suffice."

Justice McLachlin summarized the Court's judgment as follows: "the Superintendent offered no evidence that he considered any of the options that might have made an assessment of Mr. Grismer's driving abilities viable and affordable. Content to rely on the general opinion of the medical community, and ignoring the evidence that some people with homonymous hemianopia can and do drive safely, he offered not so much as a gesture in the direction of accommodation. His position, quite simply, was that no accommodation was necessary.

"Under the *Meiorin* test," she continued, " it was incumbent on the Superintendent to show that he had considered and reasonably rejected all viable forms of accommodation. The onus was on the Superintendent, having adopted a *prima facie* discriminatory standard, to prove that incorporating aspects of individual accommodation within the standard was impossible short of undue hardship. The Superintendent did not do so. On the facts of this case, the Superintendent's blanket refusal to issue a driver's licence was not justified. He fell into error not because he refused to lower his safety standards (which would be contrary to the public interest), but because he abandoned his reasonable approach to licensing and adopted an absolute standard that was not supported by convincing evidence. The Superintendent was obliged to give Mr. Grismer the opportunity to prove whether he could drive safely by assessing Mr. Grismer individually."

The *Meiorin* and *Grismer* decisions should lead to the elimination of a wide variety of barriers, particularly to people with disabilities, from job requirements to standardized tests. In the future, employers and service providers will have to consider whether their standards should be reviewed in order to accommodate a broader range of capable people.

In the past, the Supreme Court of Canada has adopted varying views on how to define discrimination under the Charter. However, in the case of *Law* v. *Canada (Minister of Employment and Immigration)*, the Court reached unanimity on this often-contentious issue. Here the judges agreed that age discrimination is constitutional, provided it does not violate human dignity. In addition, the Court has produced a set of guidelines on how to analyse discrimination cases.

Nancy Law was 30 years old when she was widowed in 1991. Her husband had died at the age of 50, after having contributed to the Canada Pension Plan for 22 years. Soon after Mr. Law's death, his widow applied for survivor's benefits under the Plan. However, her application was refused because she had not reached 35 years of age at the time of her husband's death, she was not disabled, and she did not have any dependent children. She challenged the federal policy at two review boards and the Federal Court of Appeal, but lost at every level. Ms. Law brought

her appeal to the Supreme Court of Canada, arguing that the Plan discriminated against her on the basis of age, contrary to section 15(1) of the Charter.

In a decision written by Mr. Justice Frank Iacobucci, the Court said that a purposive and contextual approach to discrimination analysis was necessary. The purpose of section 15(1) is to "prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable of concern, respect and consideration," he noted.

The guidelines adopted by the Court focus on three central issues: "(1) whether the law imposes differential treatment between the claimant and others, in purpose or effect; (2) whether one or more enumerated or analogous grounds of discrimination are the basis for the differential treatment; and (3) whether the law in question has a purpose or effect that is discriminatory within the meaning of the equality guarantee. The first issue is concerned with whether the law causes differential treatment. The second and third issues are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by section 15(1)."

Regarding the first issue, the Court asked, "does the law draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or fail to take into account the claimant's already disadvantaged position within Canadian society, resulting in substantially differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics?"

The Canada Pension Plan grants benefits to surviving spouses over the age of 35 without dependent children immediately following the death of their spouses. People under the age of 35, however, must wait until the age of 65 before receiving any benefits. The Plan clearly distinguishes between claimants older than 35 and claimants younger than 35. The delay in the receipt of benefits constituted a denial of equal benefit of the law. This satisfied the first step of the equality analysis, the Court concluded.

The second issue requires the Court to ask, "is the claimant subject to differential treatment based on one or more enumerated or analogous grounds?" Age is one of the grounds of discrimination listed in section 15(1) of the Charter. In the Court's view, the survivor's pension clearly drew distinctions on the basis of age.

Regarding the third issue, the Court asked, "does the differential treatment discriminate by imposing a burden upon, or withholding a benefit from, the claimant in a manner that reflects the stereotypical application of presumed group or personal characteristics, or that otherwise has the

effect of perpetuating or promoting the view that the individual is less capable or worthy of recognition or value as a human being or as a member of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration?"

In answer, the Court said that while the Canada Pension Plan rule undeniably treats younger people differently from older people, this is not because of prejudice. "The differential treatment of younger people does not reflect or promote the notion that they are less capable or less deserving of concern, respect and consideration, when the dual perspectives of long-term security and the greater opportunity of youth are considered," the Court said.

In summary, the Court agreed with the federal government that age 35 is a justifiable cutoff, because survivor benefits are meant to help older people with poor long-term prospects, not to ease an immediate short-term burden. "Parliament's intent in enacting a survivor's pension scheme with benefits allocated according to age appears to have been to allocate funds to those persons whose ability to overcome need was weakest," wrote Justice Iacobucci. As a young, healthy, childless woman, Ms. Law was in a good position to become self-sufficient, the Court found. "Younger people are more likely to find a new spouse, are more able to retrain or obtain new employment, and have more time to adapt to their changed financial situation before retirement ... In such narrow circumstances, where legislation does not demean the dignity of those it excludes in either its purpose or effects, it is open to the legislature to use age as a proxy for long-term need." Ms. Law will be eligible to collect the benefits when she turns 65.

In the case of *M* v. *H*, the Supreme Court of Canada added to a series of judicial victories for those seeking equality for gay men and lesbians. The Court held that section 29 of Ontario's Family Law Act was unconstitutional, because it treated same-sex couples differently from heterosexual common-law couples.

The case involves two women, known only by the initials M and H. After a decade-long relationship had come to an end, M applied for spousal support payments but was prevented by the Family Law Act's narrow definition of "spouse." Section 29 of the Act extends the definition of spouse to cohabiting, opposite-sex couples in relationships of some permanence to determine whether there exists an obligation to provide support payments to the dependent partner. While M could satisfy the requirements demonstrating need and permanency, her claim for support was disqualified because she and her partner were of the same, not the opposite, sex.

Although M and H have long settled their particular dispute, M agreed to let her case go to the Supreme Court of Canada as a legal challenge to the definition of spouse in the Family Law Act. After the Ontario Court of Appeal ruled that section 29 of the

Act was unconstitutional, the province's Attorney General appealed the decision to the Supreme Court of Canada. The Court dismissed the appeal, dividing eight to one on the issue. It applied the guidelines arising from *Law* v. *Canada (Minister of Employment and Immigration)*, holding that by distinguishing between same-sex and opposite-sex partners, the Family Law Act was drawing a formal distinction between M and others on the basis of a personal characteristic, namely sexual orientation. In previous cases, the Court had held that sexual orientation was analogous to those grounds set forth in section 15(1) of the Charter.

Having concluded that the legislation constituted differential treatment on an analogous ground, the next issue for the Court to decide was whether this distinction was in fact discriminatory. The focus of this inquiry brought into play the purpose of section 15(1) of the Charter in remedying such ills as prejudice, stereotyping and historical disadvantage.

In deciding that the distinction was discriminatory, the court said that "the societal significance of the benefit conferred cannot be overemphasized. The exclusion of same-sex partners from the benefit of section 29 of the Family Law Act promotes the view that M, and individuals in same-sex relationships generally, are less worthy of recognition and protection. It implies that they are judged to be incapable of forming intimate relationships of economic interdependence as compared to opposite-sex couples ... such exclusion perpetuates the disadvantages suffered by individuals in same-sex relationships and contributes to the erasure of their existence."

Equality is not an absolute right in the Charter. Like all other rights, it is "subject to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society." Under section 1 of the Charter, the burden is on the legislature to prove that the infringement of a right is justified. The Court asked itself what the "pressing and substantial objective" could be for denying spousal benefits to same-sex couples.

The Province of Ontario argued for retaining the heterosexual definition of spouse, on the grounds that women are especially vulnerable in relationships, since they are far more likely to be at an economic disadvantage when the relationships end. Furthermore, they still generally assume the primary responsibility for the care of children. The Court rejected this argument, because the Family Law Act entitles men in opposite-sex partnerships to apply for support, regardless of whether the relationship has produced children. The purpose of the Family Law Act is to promote economic equality following the end of an intimate relationship between "financially interdependent individuals." A second objective of the legislation is to alleviate the burden on the public purse to provide for dependent spouses. The exclusion of same-sex couples from this regime does not further any of these objectives.

The Court further rejected the Attorney General's submission that its decision in *Egan* restricts its latitude in other cases involving the definition of spouse; each case had to be determined on its own merits. Unlike the decision in *Egan*, which addresses the distribution of public resources, Ontario's Family Law Act was concerned with private economic rights. Therefore, the defence that Parliament must be permitted to approach the issue of same-sex benefits "incrementally" was not applicable to the dispute in this case.

The Court found that it would be excessive to strike down the whole Family Law Act. Instead, it ordered that the definition of spouse in section 29 was of "no force and effect." It suspended the application of the declaration for six months to give Ontario legislators time to amend the offending section of the legislation.

The Court cautioned that the decision was limited to the issue of spousal support following the breakdown of an intimate, long-term, financially interdependent relationship. Since the issue of marriage was not before the Court, it was not affected by the decision. However, it has called into question the constitutionality of many provincial statutes.

The government of Ontario has responded to the *M* v. *H* ruling by introducing legislation to extend certain rights and entitlements to gay and lesbian couples. On October 28, 1999, Bill 5, *Amendments because of the Supreme Court Decision in M* v. *H Act*, was passed. It adds the term "same-sex partner" to 67 statutes.

However, the Ontario government may find that its response to the ruling in *M* v. *H* does not go far enough to eliminate discrimination against same-sex couples. Instead of expanding the definition of spouse, Bill 5 added a third category of "same-sex partnership" to the existing categories of married spouses and common-law opposite-sex spouses. The federal government had taken a similar approach when it extended benefits to the same-sex partners of federal public servants by creating a separate category for them alone. Subsequently, in an appeal of *Moore and Akerstrom* v. *Treasury Board*, Mr. Justice Andrew MacKay of the Federal Court ruled that the "separate but equal" definition of "same-sex partnership relationship" was still discriminatory. Whether Ontario's new legislation will be challenged on similar grounds remains to be seen.

In May, the Supreme Court of Canada opened band elections to off-reserve natives for the first time. In *Corbiere* v. *Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, the Court ruled that a section of the Indian Act that excludes off-reserve band members from electing chiefs and councils violates the Charter. This judgment will have major implications for Aboriginal women, who, if they married non-Aboriginal men, lost their Indian status, and therefore their band membership and right to live on the reserve. While the passage of Bill C-31 in

1985 restored status and membership to these women, many were prevented from returning to their communities because of housing shortages and a chronic lack of job opportunities. Because they could not return, they still could not, in most cases, vote for their chiefs or councillors.

The role of band members living off the reserves has long been a contentious issue among Aboriginal people. At stake is wealth from natural resources on some reserves, and access to government spending on Aboriginal social support systems. On one side, band councils have argued that off-reserve Aboriginal people will further impoverish bands by transferring wealth from the reserves to the cities. In addition, Aboriginal people not living on the reserves cannot possibly be informed on voting issues, and bands will not be able to protect their culture from the influence of "urbanized natives." On the other side, off-reserve Aboriginal people have accused band councils and chiefs of trying to protect their power base by limiting the number of voters.

On their own behalf and on behalf of all the non-resident members of the Batchewana Indian Band, John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson and Frank Nolan sought a declaration that section 77(1) of the Indian Act violates the Charter. The section requires that, in order to vote in band elections, band members be "ordinarily resident" on the reserve. Fewer than one-third of registered members of the Batchewana band live on reserve lands.

In a unanimous decision, the Supreme Court of Canada affirmed an Ontario Court of Appeal decision that found the residency requirement infringed upon rights guaranteed under the Charter. The Court held that the law made a distinction that denied off-reserve Aboriginal people equal benefit of the law. Further, "aboriginality-residence" — off-reserve band member status — was a ground analogous to those enumerated in the Charter.

Another critical issue was that band members living off the reserve have generally experienced prejudice, and form part of a "discrete and insular minority" defined by race and residence. Madam Justice Claire L'Heureux-Dubé wrote that from the perspective of off-reserve band members, the choice of whether to live on or off the reserve is important to their sense of self, and is therefore fundamental.

Off-reserve band members have major interests in how their bands are governed. By denying them the right to vote, section 77(1) of the Indian Act implies that off-reserve band members are less important than members on the reserves, or are people who have chosen to be assimilated by mainstream society. On this basis, the Court found that the disenfranchisement resulting from the legislation was discriminatory.

Justices McLachlin and Bastarache wrote that the denial of the right to vote "presumes that Aboriginals living off-reserve are not interested in maintaining

meaningful participation in the band or in preserving their cultural identity, and are therefore less deserving members of the band ... This engages the dignity aspect of the section 15(1) analysis and results in the denial of substantive equality."

The members of the Court also agreed that the infringement was not justified under section 1 of the Charter. The restriction on voting is rationally connected to the aim of the legislation, which is to give a voice in the deliberations of the band council only to those people most directly affected by them. However, a complete exclusion of the non-residents' right to vote constitutes more than a minimal impairment of their rights. Even if some distinction may be justified to protect the legitimate interests of band members living on the reserve, the Court concluded that the appellants had not demonstrated that preventing non-resident band members from voting was necessary. The judges gave the federal government eighteen months to consult with First Nations to develop new electoral rules and set up the process needed to conduct broader elections on reserves across the country.

While the ruling expands the voter list, it does not give off-reserve residents the right to run for election or even nominate a candidate, and therefore limits their influence. The ruling affects only the native communities that conduct their elections according to the Indian Act, slightly fewer than half the reserves in the country. It does not apply to communities that elect councils according to custom. In many communities, however, the change means that the number of people living off the reserve who are now eligible to vote may be far greater than the size of the electorate living in the community.

Resolution of Complaints

Age

In 1986, Lance Olmstead filed suit against the Canadian Forces, claiming that its mandatory retirement provisions infringed upon his equality rights under section 15 of the Charter. Mr. Olmstead was seeking to avoid termination of his service when he turned 50 years old. The parties agreed that he could continue to work for the Forces until his 56th birthday, and settled the law suit out of court in June 1990. It was later asserted that by agreeing to the settlement, Mr. Olmstead was prohibited from making any further claims concerning the termination of his service with the Forces.

Several months before his extended term of service was due to expire, Mr. Olmstead filed a complaint with the Commission, claiming that he had been discriminated against because of his age. The Commission advised Mr. Olmstead that it could not deal with his complaint. Under section 15(b) of the Canadian Human Rights Act, termination of employment due to the Forces' mandatory retirement provisions in the Queen's Regulations and Orders was permissible. Mr. Olmstead began a new action against the Canadian

Forces in Federal Court, *Olmstead* v. *Attorney General of Canada*, seeking a declaration that section 15(b) of the Canadian Human Rights Act was contrary to the Charter.

Arguing that Mr. Olmstead was barred from pursuing the matter by the agreement he had signed in June 1990, the Attorney General brought a motion for a summary judgment to dismiss the case. However, as a third party to the law suit, the Commission argued that no one could contract out of his or her right to file a human rights complaint — a proposition that was supported by case law. In other words, the fact that Mr. Olmstead had signed a release did not preclude him from subsequently filing a human rights complaint.

Mr. Justice Frederick Gibson held that there was no genuine issue to be tried. He granted the Attorney General's motion for summary judgment and dismissed Mr. Olmstead's case. Justice Gibson found that there had been no "contracting out" of Mr. Olmstead's rights. At issue was a simple termination of employment in accordance with the June 1990 minutes of settlement. In his decision, Justice Gibson distinguished this case from those relied on by the Commission as authorities. "I do not interpret the case law cited by counsel for the Canadian Human Rights Commission as standing for the proposition that expiration of a term contract of employment voluntarily entered into by a person such as the plaintiff amounts to a 'contracting out' from rights under the Canadian Human Rights Act," he noted.

Justice Gibson's reasons for judgment appear not to have applied the principles set out in the "contracting out" cases. By characterizing the situation as a "contract of employment freely entered into," he implied that human rights protection is not applicable to employment contracts. An appeal has been filed because the decision, if allowed to stand, could open the door to a floodgate of rulings that could circumvent the paramountcy of human rights law.

Religion

In the case of *Nijjar* v. *Canada 3000 Airlines Ltd.*, a human rights tribunal limited the protection provided by the Canadian Human Rights Act against religious discrimination. The tribunal confined the protection to practices that are formally mandated by the tenets of a religion.

On April 11, 1996, Balbir Nijjar was denied permission to board a Canada 3000 flight because he was wearing a kirpan, or ceremonial dagger. As an initiated member of the Khalsa order of the Sikh faith, Mr. Nijjar had to wear a kirpan at all times. He had taken the precaution of donning a travel kirpan with a blade three and one-eighth inches long. He believed it conformed with policies that permit travel by air with a kirpan, as long as its blade does not exceed four inches. However, officials from the airline informed him that Canada 3000's rules did not permit any

knives that have "a greater potential for injury than utensils provided with in-flight meals." Because the travel kirpan's blade was sharper than a dinner knife, Mr. Nijjar was not permitted to board the flight.

The tribunal dismissed the case, holding that there was no *prima facie* complaint. It found that Mr. Nijjar's choice of kirpan was a matter of personal preference, not religious conviction, since Sikhism does not prescribe a minimum or maximum size for kirpans.

The tribunal went on to discuss the issues of risk and reasonable accommodation. It used a standard of "sufficient risk," based on the likelihood and seriousness of injury, and held that the likelihood of anyone being injured by a kirpan on an aircraft was low. As to the seriousness of potential injuries, the tribunal relied on the evidence of Canada 3000's forensic expert to find that a kirpan with a blade shorter than four inches could indeed inflict life-threatening injuries, depending on its point, sharpness and rigidity. The tribunal also took into account the unique environment of an aircraft, where emergency medical and police assistance are not readily accessible.

Although the practice in Canada had been to allow knives on aircraft as long as their blades did not exceed four inches, this was not binding on the airlines — it was only a recommended standard for the industry. Each airline is ultimately responsible for developing its own safety standards for its own planes. The tribunal concluded that Canada 3000 had shown that a kirpan more dangerous than a dinner knife would present such a risk to public safety on its aircraft that it would constitute undue hardship.

Disability

The case of *Mills* v. *Via Rail* returned to the Canadian Human Rights Tribunal in 1999.

John Mills was employed as a chef by Via Rail when he suffered a back injury on the job. He was absent from work intermittently until October 1990. He reinjured his back in April 1991, and was absent from work again until October 1991. Despite his personal physician's clearance, Via Rail's doctor refused to allow Mr. Mills to return to work, demanding that he be seen by an orthopaedic surgeon. The specialist found Mr. Mills's impairment to be about fifteen per cent, and noted that his work as a chef involved movement that could provoke more back pain. Via Rail's physician then declared Mr. Mills unfit for his job as a chef and refused to allow him to return to active employment. He was offered a disability pension and was trained for a position in off-board services, but was never offered accommodation in his work as a chef.

Mr. Mills filed a grievance. On the day of the arbitration hearing, Via Rail agreed to allow him to return to work on certain conditions and without any compensation for lost wages. In July 1993, he returned to work, with the proviso that for the next two years he not have an absenteeism rate

higher than the average of chefs in the Atlantic region. Over the next fifteen months, Mr. Mills was off work on a number of occasions, as a result of injuries unrelated to his back. While he was off work for depression, Via Rail notified him that his employment was being terminated, effective October 7, 1994, for failing to meet the attendance requirement set out in the arbitrator's award.

Mr. Mills filed two complaints with the Commission. The first alleged that he was discriminated against when Via Rail refused to permit him to return to work in October 1991. The second alleged that he was discriminated against when Via Rail terminated his employment in October 1994.

A tribunal conducted a hearing into the first complaint and decided in the complainant's favour. The decision was overturned by the Federal Court, and the complaint was referred back to a tribunal for a new hearing. At the same time, the second complaint was referred to a tribunal by the Commission. Both complaints were dealt with in a single hearing and a decision was released in May 1999.

The tribunal found that Via Rail had discriminated against Mr. Mills when he was kept from work in 1991, and again when he was fired in 1994. The tribunal held that the evidence did not support the respondent's claim that its actions were based on a *bona fide* occupational requirement. While the tribunal agreed that physical fitness could be such a requirement, Via Rail had no objective physical fitness standards for on-board service employees against which it could compare Mr. Mills's abilities, and the medical opinions upon which the respondent relied did not specify precisely what the complainant could and could not do.

As further evidence for its conclusion, the tribunal pointed out that even though Via Rail had initially refused to let Mr. Mills return to his job as chef because of his physical condition, it subsequently changed its mind following arbitration. While Via Rail did not act maliciously when it first refused to allow Mr. Mills to return to work, it had not acted in good faith. Via Rail had failed to meet both the objective and the subjective elements of the test for establishing a *bona fide* occupational requirement.

The tribunal went on to state that, if the discrimination at issue was more properly characterized as adverse effect discrimination, then there was a duty to accommodate to the point of undue hardship, which Via Rail had failed to meet.

With respect to the nature and extent of the duty to accommodate, the tribunal stated that in its view, "accommodation is something that is usually tailored to the circumstances of an individual and will assist a particular employee. It could include assigning a part of an employee's work to another. Via Rail argued that a chef had certain job requirements and the

cook or another on-board employee could not be expected to do them. I disagree because the evidence of the other chef called as a witness was that the chef and the cook divided the work fifty-fifty. The chef was the supervisor of the cook and the work could be apportioned to accommodate the skills and abilities of each of them. Dividing the work in a different way can be accommodation as long as it doesn't cause undue hardship to the employer."

As for the second complaint, the tribunal accepted the Commission's argument that Mr. Mills would not have had to accept a conditional reinstatement if Via Rail had not discriminated against him in the first place. The discrimination in the second complaint flowed from the arbitrator's award, which penalized Mr. Mills for any disability. The tribunal noted that "there was no evidence that Via Rail had a policy or standard on medical absenteeism that was objectively related to work performance." Via Rail, by relying on an average rate of absenteeism in terminating Mr. Mills's employment, had inadvertently established that there were other employees whose absenteeism exceeded that average yet were not terminated. The tribunal held that there was no evidence that the arbitration award met any *bona fide* occupational requirement, or that Via Rail had accommodated Mr. Mills.

The tribunal ordered that Mr. Mills be returned to his former position as chef with full seniority, and that Via Rail pay him all of his lost wages and benefits, including lost pension benefits, with interest on a portion of his lost wages, without any deduction for amounts he received from workers' compensation, employment insurance or health benefits. Mr. Mills was also awarded $3,000.00 for hurt feelings, and reimbursed for the amounts he had spent on medication, medical care, and dental care.

The case of *Bernard* v. *Waycobah Board of Education* marks the first time that a human rights tribunal has ordered an employer to pay full salary for future losses until the complainant could be reinstated. The ruling came as a result of a complaint made by Janet Bernard, a Mi'kmaq and a member of the Waycobah First Nation. In March 1993, the complainant was hired by the Board of Education to work as a secretary to the Director of Education, and later reassigned to a position as a secretary at the elementary school.

On October 26, 1995, Ms. Bernard gave a lecture on aspects of Aboriginal spirituality to the students of the school to mark Mi'kmaq History Month. During the presentation, some of the students became loud and disruptive. At some point, Ms. Bernard approached a student and told her that she could communicate with her dead mother. This upset the student, who left the room, along with a group of friends and relatives. Shortly thereafter, the Director of Education entered the classroom, interrupted the presentation, and asked the complainant to end it. The following day, the Director sent her a letter terminating her employment. The Record

of Employment attached to the letter stipulated "illness or injury" as the reason for termination.

Ms. Bernard filed a complaint with the Commission. She alleged that the respondent had discriminated against her on the basis of a perceived mental disability, contrary to section 7 of the Canadian Human Rights Act. The respondent denied that this perception played any part in the decision to terminate her employment, indicating that she had been dismissed for just cause.

One of the issues before the human rights tribunal was whether the decision to terminate the complainant's employment was exempt from scrutiny because it was carried out pursuant to the Indian Act. While this Act authorizes the Minister to establish, operate and maintain schools for Indian children, it was difficult to draw any substantive connection between the Act and the respondent's decision to terminate the complainant. The tribunal therefore held that the termination of Ms. Bernard's employment was not a decision made under the Indian Act.

Furthermore, there was much uncontradicted evidence that the people responsible for either recommending or terminating her employment perceived that she was mentally ill. This evidence strongly supported Ms. Bernard's claim.

The community's perception that the complainant was mentally ill could not excuse the conduct of the Board of Education. The parents' threats to withdraw their children from the school might have been real. But if these threats derived from discriminatory attitudes, the respondent could not justify its own conduct by blaming the parents. In other words, a respondent cannot justify discrimination by blaming others for their actions.

The tribunal also objected to the manner in which the Board terminated the complainant's employment. Her employer acted hastily, and did not allow her to explain her conduct. This seemed to indicate that the Board had decided that she was mentally ill, and that discussing the incident with her would serve no useful purpose.

The tribunal ordered the Board to pay Ms. Bernard $44,710.00 for lost wages plus interest, and to provide her, at the first reasonable opportunity, with a position as a secretary. In the meantime, she was to receive the sum of $325.00 per week, $5,000.00 as compensation for hurt feelings, and a written apology within 30 days of the decision. The respondent was also ordered to place a copy of the decision in the complainant's personnel file, and pay the costs of her legal counsel.

Sex

If a tribunal's ruling is justified by the evidence, an appeal court should not intervene. This principle was reinforced on April 28, 1999, when the Canadian Human Rights Commission's application for

judicial review of a human rights tribunal's ruling was dismissed.

The decision stems back to a 1998 tribunal hearing in the case of *Franke* v. *Canadian Armed Forces*. The ruling stated that there was no evidence that Corporal Kimberley Franke had been sexually harassed or otherwise discriminated against because of her sex while she was a member of the Canadian Forces.

In 1991, Corporal Franke was posted to the Base Transportation Office at the Canadian Forces Base at Comox, British Columbia, where she alleged that she encountered a pattern of conduct from her superior officers that created a hostile work environment. She claimed that various officers repeatedly asked about her dating habits, used suggestive gestures, showed her a postcard of a bare-breasted woman, and made inappropriate comments such as calling her as a "sexatary" and a "Biker Mama." Corporal Franke filed grievances about these incidents, but was unsuccessful at all levels.

She claimed that these grievances resulted in the Canadian Forces treating her differently from other employees, culminating in her receiving a recorded warning for "insubordination" with the Dress and Deportment Committee. After unsuccessful appeals and extensive correspondence with her superiors regarding the alleged harassment, Corporal Franke's health deteriorated, and she was sent to a military psychiatrist for examination. She subsequently requested voluntary release from the Canadian Forces.

By a majority of two to one, the tribunal ruled that Corporal Franke had not been harassed and that her human rights complaint was made in retaliation for the recorded warning she received for insubordination. The tribunal rejected Corporal Franke's evidence as "self-serving and exaggerated," and further held that there was no differential treatment on the grounds of sex, as no link had been established between the alleged harassment and the issuance of the recorded warning.

In its decision on the appeal, the Federal Court indicated that the appropriate standard in an application for judicial review is that of "reasonableness." Provided the decision is justified by the evidence, the Court should not intervene.

The Court found that the tribunal had applied the appropriate test for sexual harassment as laid out in *Janzen* v. *Platy Enterprises*. To prove that sexual harassment has occurred, a complainant must show that the conduct was unwelcome, of a sexual nature, and persistent or repetitious. In some circumstances, however, a single incident may be enough to create a hostile work environment.

Madam Justice Danièle Tremblay-Lamer indicated that the determination of whether the conduct complained of was unwelcome depended on credibility. Although the proper inquiry would not necessarily

require a verbal "no" in all cases, the Court added, "nonetheless, the complainant must establish, for instance by her body language or by her repetitive failure to respond to the suggestive comments, that she had in some way signalled to the harasser that his conduct was unwelcome." Such a finding would, in most cases, be based on the evidence, and not on whether a "reasonable person" would have found the conduct to be unwelcome. The Court found that there was adequate evidence to support the tribunal's finding that Corporal Franke did not view the conduct as harassment at the time it occurred. A review of the transcript showed that she had participated freely in the joking that went on at the military base, and gave no indication that she was offended in any way.

The Court observed that an employee might endure offensive conduct without objecting to it if he or she feared being fired as a consequence. In that case, the assessment of whether the conduct was unwelcome would be based on the reaction of a reasonable person in the circumstances.

With regard to the second element of the *Janzen* test, the Court concurred with the tribunal that the conduct in question did not constitute harassment. The evidence showed that there was a fairly collegial atmosphere at the Base Transportation Office. This included occasional sexual jokes and comments, in which Corporal Franke actively participated.

Justice Tremblay-Lamer adopted the proportionality test proposed in Maurice Drapeau's *Le harcèlement sexuel au travail* (Sexual Harassment in the Workplace). "The more serious the conduct and its consequences are, the less repetition is necessary; conversely, the less severe the conduct, the more persistence will have to be demonstrated." Whether the conduct is sufficiently severe or persistent enough to create a poisoned workplace is determined, given the context, by using the objective "reasonable person" standard. A crude sexual joke, although in poor taste, would not generally be enough to constitute sexual harassment and would rarely create a negative work environment. On the other hand, a single incident, such as physical assault, may be enough to create a hostile work environment.

The Court stressed that the person harassed must inform the employer of the offensive conduct whenever possible. In adding the requirement of employer notification to the *Janzen* test, the Court emphasized the importance of fairness and prevention. The sooner that action is taken to eliminate harassing conduct, the less likely it is that this conduct will cause the work environment to deteriorate.

The Court also held that there was plenty of evidence to support the tribunal's finding that the complainant was not subjected to any adverse treatment because of her harassment complaint. The sexual harassment complaint was filed "only after the Recorded Warning for insubordination — four months after the

alleged incidents had ceased." Citing the respondent's expert witness, the Court agreed that the deterioration of Corporal Franke's health had little to do with any form of sexual harassment.

The Federal Court held that the tribunal's conclusion was reasonable and should not be disturbed. The weight of the evidence supported the tribunal's findings that the impugned conduct was not, in fact, unwelcome or unwanted at the time it occurred, and was not severe or persistent enough to constitute sexual harassment.

Pay Equity

On October 19, 1999, a decision by the Federal Court ended what was then the longest and largest human rights case in North America. Mr. Justice John Evans upheld a human rights tribunal's ruling that the federal government owed about 230,000 mostly female workers thirteen years of back pay. The case of the *Public Service Alliance of Canada* v. *Treasury Board of Canada* revolves around the problem of defining the value of work that men and women do in different job categories.

The pay equity dispute began in 1984, when a group of federal employees complained of pay inequities in the public service. The federal government is one of the largest employers of women in Canada, and the majority of them are represented by the Alliance. The Alliance filed a complaint on behalf of secretaries, clerks, data processors, library workers, educational support and health services staff, claiming that they had been systematically underpaid in violation of the Canadian Human Rights Act. The complaint eventually led to the implementation of the largest union-management study in Canadian history.

The Joint Union-Management Initiative, known as the JUMI study, evaluated over three thousand positions from predominantly male and female occupational groups. After approximately four years, the process broke down. The study's results showed a wide wage discrepancy between male and female work of equal value.

In 1991, a three-member human rights tribunal panel was appointed to hear the complaints. Holding hearings and issuing the decision took seven years to complete; the process included 256 days of argument and testimony. In 1996, the tribunal ruled that the joint study had provided a reasonable foundation for assessing whether wage discrimination existed, and accepted the validity of the study and its results. The tribunal thereafter heard arguments on wage adjustment methodology, and handed down a decision in favour of the Alliance in July 1998. The Treasury Board requested a judicial review of the decision, challenging the validity of the Commission's wage adjustment methodology. The Federal Court dismissed the government's request, stressing that the dispute had dragged on far too long, and at far too great a cost for all concerned.

Pay equity legislation embodies a principle — that men and women should receive equal pay for work of equal value. The Court affirmed that Parliament has empowered the Commission and the Canadian Human Rights Tribunal to apply and interpret that principle, with the assistance of experts in particular cases, and to issue guidelines for interpretation of section 11 of the Act.

The Attorney General argued that the tribunal erred by relying upon experts. However, the Court held that in this case the tribunal's reliance on experts was reasonable and necessary to interpret both the evidence and the Act. The Court also affirmed that contextual evidence was relevant to the interpretation of section 11, including studies concerning stereotypes about women's work, the under-representation of women in more highly paid work, and the pay policies and practices relating to a particular complaint.

According to the Attorney General, pay equity legislation was designed to redress only the pay differences that were directly attributable to sex. Arguing that the analysis of the study resulted in differences in pay that could be attributed not only to sex, but to differentials in bargaining power and market forces, the Attorney General objected to a wage adjustment methodology that did not consider these other causes.

The Court found that this approach would have the effect of imposing too narrow an interpretation on what was intended to be a broadly remedial piece of legislation. The tribunal's choice of analytical methodology was reasonable and consistent with methods used in other jurisdictions. Moreover, the Court found that a fair and reasonable interpretation of the legislation could not be achieved by attempting to distinguish between discrimination based directly on sex and discrimination that arose indirectly through systemic and market forces, influenced by historical gender inequality.

Given the context in which section 11 operates and has developed, a requirement that sex be identified as the sole cause of the discrimination would defeat the purpose of the Act, and section 11 in particular. Section 11 is aimed at redressing systemic discrimination, Justice Evans wrote. "The nature of systemic discrimination often makes it difficult to prove ... because systemic discrimination results from the simple operation of established procedures of recruitment, hiring and promotion, none of which is necessarily designed to promote discrimination ... an employer's wage policies and practices may be based on such deep-rooted social norms and assumptions about the value of the work performed by women that it would be extremely difficult to establish in a forensic setting that, if women were paid less than men for performing work of equal value, that difference was based on sex."

Justice Evans rejected the government's argument that the tribunal had failed to properly measure wage differences by

using a flawed formula to compare the value of work performed by women in predominantly female job categories to that of men in predominantly male occupations. The Attorney General's position was that the tribunal had erred in accepting methodology that did not restrict the comparison of rates of pay on an occupational group-to-occupational group basis, as is required by section 15 of the Equal Wages Guidelines. Rather, the methodology resulted in the comparison of portions of occupational groups. Some members who were part of compared male occupational groups were excluded by the analysis because their work was not of comparable value to the work of members in the female occupational groups.

Even though Justice Evans conceded that the tribunal might have erred in failing to compare the results group to group, the Court relied on its "remedial discretion" to accept this aspect of the interpretation. To overturn the decision based on a single flaw would be to impose an unacceptable delay in the resolution of the dispute.

In conclusion, the Court had two central criticisms of the government's arguments for judicial review. First, the government's approach to the interpretation of the Canadian Human Rights Act and the Equal Wages Guidelines was "too abstract: it is insufficiently grounded in the factual realities of the employment context under consideration, the testimony of the array of expert witnesses who assisted the Commission and tribunal, or analogous legislation in other jurisdictions."

Secondly, the Attorney General's argument was based on the narrowest possible interpretation of the Canadian Human Rights Act, the definition of pay equity, and the measures to be taken to combat this problem. "The government too often seemed to regard the relevant provisions of the Act as a straitjacket confining the tribunal, instead of as an instrument for facilitating [solutions to] longstanding problems of systemic wage differentials arising from occupational segregation by gender and the undervaluation of women's work," the judge noted. The government's approach paid only lip service to the admonitions from the Supreme Court of Canada that, as quasi-constitutional legislation, human rights statutes are to be interpreted in a broad and liberal manner. The government announced that it would not appeal the court's ruling shortly after the decision was released.

This decision is an affirmation of the work of the Commission's Pay Equity Directorate and its commitment to a systemic resolution of pay equity complaints. It will also provide meaningful application to current pay equity litigation involving the Government of the Northwest Territories, Canada Post, Canadian Airlines, and Bell Canada. In each of these cases, the respondents have sought to limit the application of the Canadian Human Rights Act by insisting that it is not intended to redress systemic discrimination.

Sending a clear signal that the Canadian Human Rights Tribunal had full

jurisdiction over these matters, the Supreme Court of Canada decided in July not to hear Bell Canada's appeal in the pay equity case of the *Communications, Energy and Paperworkers Union* v. *Bell Canada*.

In 1998, Mr. Justice Francis Muldoon of the Federal Court's Trial Division had endorsed a formula for calculating pay equity payments. He asserted that wage gap calculations should be based on job-to-job comparisons, not on a broader approach aimed at eliminating salary differences between predominantly female and male jobs throughout the company's workforce. Shortly thereafter, the Federal Court of Appeal overturned this decision, stating that Justice Muldoon had overstepped his authority when he set out a method for calculating pay levels.

When Bell sought leave to appeal this judgment, the Supreme Court of Canada, without giving any reasons, refused even to hear Bell's arguments, ruling that it was up to the tribunal to decide on any settlement for Bell employees. The case has been sent back to a human rights tribunal for a decision on the merits of the complaint.

On December 15, 1999, the Federal Court's Trial Division held that the Government of the Northwest Territories had neither the authority nor the standing to challenge the validity of the Canadian Human Rights Act.

The decision in the case of the *Government of the Northwest Territories* v. *the Public Service Alliance of Canada and the Canadian Human Rights Commission* referred to hearings by a human rights tribunal on a pay equity complaint against the Territory. Invoking the Bill of Rights, the Territory brought a motion alleging that the tribunal lacked impartiality because it was bound by the Equal Wages Guidelines issued by the Commission. The tribunal dismissed the motion, and the Territory applied for judicial review before the Federal Court's Trial Division.

The Commission challenged the authority of the Territory to apply for judicial review, arguing that because the Territory was not an entity distinct from the federal Crown, it was not able to challenge a federal Act. Attempting to challenge the validity of the Act under the Bill of Rights in order to avoid liability under it was tantamount to the Queen contesting the validity of a statute she had herself enacted and had specifically made binding upon herself. The Commission's counsel added that challenges to the validity of a federal statute under the Bill of Rights by the Crown should be brought by means of a reference to the Supreme Court of Canada, not by way of judicial review.

Mr. Justice Jean-Eudes Dubé agreed with the Commission's contention that the Northwest Territories were still a territory under simple delegation of power by Parliament. He rejected the Territorial Government's argument that the Territory's evolution towards responsible self-government placed it on the same footing as the ten Canadian provinces. He held that as an entity of Parliament, it is bound

by the Canadian Human Rights Act. Counsel for the Government of the Northwest Territories has filed an appeal in this matter.

Hate Messages

On November 19, 1996, the Canadian Human Rights Commission requested that a human rights tribunal inquire into whether a California web site, known as the "Zundelsite," promoted hatred against Jews in violation of the Canadian Human Rights Act. *Citron* v. *Zündel* is one of the first attempts to apply human rights law to information disseminated over the Internet. Since that time, Ernst Zündel has launched a series of legal actions to stop the hearings. Following is an account of four of the most recent developments in the case.

In March, the Federal Court's Trial Division denied Mr. Zündel's application for a stay of proceedings in *Zündel* v. *Canada (Canadian Human Rights Commission)*. Mr. Zündel argued that the tribunal's proceedings were void, citing Madam Justice Donna McGillis's 1998 decision in *Bell Canada* v. *Canadian Telephone Employees Association*. She had held that the Canadian Human Rights Tribunal was not sufficiently independent from the Commission or government to render impartial decisions. Subsequent changes to the Canadian Human Rights Act have since created a new, independent Canadian Human Rights Tribunal.

In its decision on Mr. Zündel's motion, the Federal Court chose to apply the reasoning in the case of the *Human Rights Tribunal* v. *Atomic Energy of Canada Ltd.* Because Mr. Zündel had not raised the issue of apprehension of bias at the first reasonable opportunity, he had implicitly waived his right to object to the structure of the Canadian Human Rights Tribunal. The relevant provisions of the Act and the appointment of the members of a tribunal panel are matters of public record. Yet Mr. Zündel did not question the independence and impartiality of the Canadian Human Rights Tribunal until after the release of Justice McGillis's decision. While Mr. Zündel may not have appreciated the legal consequence of those facts, he could not rely on his insufficient knowledge of the law to excuse his failure to raise his objection at the outset of the proceedings.

For the cases that had begun proceedings before the creation of the new Canadian Human Rights Tribunal, this case clears up any uncertainty over the impact of Justice McGillis's decision.

In June, the Federal Court dealt with *Zündel* v. *Canada (Attorney General)*. In this application for judicial review, Mr. Zündel challenged the decision of the Commission to request the appointment of a tribunal on five grounds. First, because of statements made by Michelle Falardeau-Ramsay, who was at that time the Deputy Chief Commissioner, the Commission's decision had been tainted by bias. Second, because material posted on the web site in the form of text or graphics is not communicated "telephonically" (as required by section 13

of the Act), the tribunal had no jurisdiction to inquire into the complaints. Third, because the server for the web site was located outside Canada, the tribunal had no jurisdiction. Fourth, the Commission ought to have dismissed the complaints, because they were vexatious and made in bad faith. Fifth, if the complaints were upheld this would constitute an infringement of Mr. Zündel's Charter right to freedom of expression.

The first issue was whether the speeches made by the Deputy Chief Commissioner biased the Commission's subsequent decision to refer the complaints to a tribunal. The general themes of her speeches were that hate messages threatened human rights and that the Canadian Human Rights Act contained provisions for dealing with them that were more appropriate and effective than the Criminal Code.

Mr. Justice John Evans held that the Commission's duty of impartiality could not be pitched so high that it undermined the ability of its members to combat discrimination through public education and information. The Act requires the Commission to develop and conduct information programs to foster public understanding of the Act and of the principle of equality. Giving speeches to community and professional groups on current human rights issues, the Court noted, is "a very appropriate way for members of the Commission, and particularly the Chief Commissioner and the Deputy Chief, to discharge these responsibilities."

The Court found no bias on the part of Mrs. Falardeau-Ramsay that would justify the Court's intervention. Mr. Zündel had not discharged his burden by showing that the Deputy Chief Commissioner's speeches indicated that her mind was closed when she participated in the decision to refer the complaints to a tribunal. Furthermore, the speeches were made before any complaints were filed against Mr. Zündel, and were thoughtful and informative in nature rather than inflammatory.

On the second issue raised by Mr. Zündel, regarding whether the Act could apply to written text posted on the Internet, the Court concluded that the word "telephonically" had to be construed in light of the overall purpose of the legislation and subsequent technological developments. It could not, therefore, be said that the Commission's interpretation that human rights law applies to information disseminated over the Internet lacked a rational basis.

On the third issue, extraterritoriality, Justice Evans held that there was sufficient evidence before the Commission to enable it to conclude that an inquiry by a tribunal was warranted. He concluded that for the purposes of section 13, a person causes to be communicated material posted on a web site located outside Canada if that person effectively controls the content of that material. To argue that those who access the web site from their computers

and call up the material they wished to see "caused it to be communicated" was sheer sophistry. The judge pointed out that by this reasoning, a person who reads a newspaper causes the articles to be communicated, rather than the journalists who wrote the items that appear in the newspaper.

On the fourth issue, the fact that Sabina Citron, who had originally laid a complaint against Mr. Zündel, was a determined opponent of him and his views, did not mean that she had made her complaint in bad faith. Nor does the fact that she had been unsuccessful in securing his conviction for criminal offences because of his publications indicate that her complaint was vexatious.

Finally, regarding Mr. Zündel's fifth argument concerning his Charter rights, the Court found that it had no place in an application for judicial review of a referral to a tribunal. The Commission does not have the authority to determine the constitutionality of the hate messages section of the Act under the Charter. Therefore, the Court could not, on judicial review, set aside the Commission's referral to a tribunal on the grounds that invoking section 13 of the Act against Mr. Zündel infringed upon his right to freedom of expression. The case should be permitted to proceed to a tribunal, which has the statutory authority to determine whether it is constitutionally permissible to apply the hate messages provisions of the Act to the facts before it. Accordingly, Justice Evans dismissed the application.

This is the first case to recognize that the Canadian Human Rights Commission's public program activities are not inherently incompatible with the Commission's duty of fairness. The decision is also significant in that it strongly suggests that section 13 of the Canadian Human Rights Act applies to information communicated through the Internet.

The third decision relating to this case, released by the Federal Court in April, was reported in *Zündel* v. *Citron*. It concerned Mr. Zündel's allegation that there was a reasonable apprehension of bias in relation to one of the tribunal panel members, Reva Devins. Mr. Justice Douglas Campbell of the Federal Court's Trial Division held that the apprehension of bias arose from Ms. Devins's previous membership of the Ontario Human Rights Commission at a time when it had made statements to the media applauding the criminal conviction of Mr. Zündel for publishing false statements. The conviction was subsequently overturned.

Justice Campbell said that the Ontario Commission's statement was "thoroughly inappropriate," as it undermined "the independence and neutrality required of such a body." However, Justice Campbell rejected Mr. Zündel's allegation that the bias had tainted the whole tribunal. The Canadian Human Rights Commission is party to an appeal of this decision to the Federal Court of Appeal.

Finally, in December 1999, the Federal Court's Trial Division considered a further

appeal by Mr. Zündel. The case of *Zündel* v. *Sabina Citron et al.* concerns the apprehension of bias arising from the qualification standards for members of the new Canadian Human Rights Tribunal.

In the spring of 1998, the new Tribunal was established under amendments to the Canadian Human Rights Act. In order to qualify for appointment as a member of the Tribunal, a candidate had to have "experience, expertise and interest in, and sensitivity to, human rights." Less than a year later, Mr. Zündel filed an application for judicial review challenging the impartiality of the Tribunal. He based his attack on the qualifications required of the panel members under the Act, focusing on the word "sensitivity."

In December, Mr. Justice Douglas Campbell of the Federal Court held that the qualification standards do not create a reasonable apprehension of bias against a tribunal to such a degree that its proceedings should be voided. While a high standard of impartiality must be met by members of the Canadian Human Rights Tribunal, the Court found that "section 48.1(2) of the Canadian Human Rights Act merely expresses what is generally expected of persons who are required to render impartial decisions: a high level of knowledge and understanding about the subject matter being litigated. In my opinion, the informed person would interpret the word 'sensitivity' in section 48.1(2) of the Act to mean just that."

This is the first time this section of the Act has been challenged on these grounds. The decision effectively closes the door to future challenges based on an alleged apprehension of bias arising from qualifications standards embodied in the Act.

Jurisdictional and Procedural Questions

Does the doctrine of issue estoppel prevent a human rights commission from investigating a discrimination complaint that has already been dismissed at arbitration? In two cases heard together, the Federal Court considered this issue and displayed a reluctance to interfere with the Commission's decisions in the early, administrative phase of the complaint process. The two cases were *Canada Post Corporation* v. *Murray Nolan and the Canadian Human Rights Commission* and *Canada Post Corporation* v. *André Barrette and the Canadian Human Rights Commission.*

On three separate occasions between 1984 and 1990, Murray Nolan, a letter carrier of long service with Canada Post, was convicted of indecent exposure. Following his conviction in 1990, he was sentenced to three months in jail and was fired. He grieved his dismissal and was reinstated in 1991, after a one-year suspension.

In 1995, Mr. Nolan was once again convicted of exposing himself in a public place and was fired a second time. Canada Post took the position that potential harm

to its reputation in the community justified Mr. Nolan's dismissal. He grieved again, but this time the arbitrator upheld the dismissal. Mr. Nolan proceeded to file a complaint with the Canadian Human Rights Commission, stating that his employer had discriminated against him on the grounds of disability because he had a psychological disorder.

The second case before the Federal Court involved another Canada Post employee, André Barrette, a supervisor at a mail processing plant. In 1992, he began to suffer from hypertension and was told by doctors that his condition rendered him unfit to supervise other employees, a requirement of his position. Canada Post accommodated Mr. Barrette by giving him another position in which he maintained his status as a full-time employee, but not his seniority. Soon thereafter, he asked to be returned to his supervisory work. The corporation denied the request because it was not satisfied that Mr. Barrette was fit to perform his duties as a supervisor. Mr. Barrette subsequently filed a grievance. Concluding there had been no change in the facts that led to Mr. Barrette's removal from his supervisory position, the arbitrator ruled against him. Dissatisfied with this outcome, he too filed a complaint with the Commission.

Canada Post asked the Commission to reject both complaints because the time limit for filing a complaint had expired. The Commission, however, chose to exercise its discretion under section 41(e) of the Canadian Human Rights Act. It accepted both complaints beyond the normal time limit.

Two issues came before the Court. First, whether the Commission had properly exercised its discretion under section 41(e) of the Canadian Human Rights Act, even though the complaints were filed more than a year after the last incidents of discrimination had taken place. Second, whether the Commission had erred in law in agreeing to investigate a discrimination complaint that had already been dismissed by a labour relations arbitrator.

In his decision, Mr. Justice John Evans noted that the Court's role was necessarily circumscribed in reviewing the Commission's decision to exercise its discretion, especially at a preliminary stage of the process. In the judge's view, it would be inappropriate for the Court to impose stringent procedural standards and scrutinize the Commission's actions before it had even begun to investigate the complaints.

The Act leaves the Commission with the discretion to hear complaints after one year has elapsed, confirming that the Court should not lightly interfere with the Commission's decision to deal with a complaint. Furthermore, since the law's purpose is to reduce inequality, a court should be reluctant to conclude that the Commission has erred by taking too broad a view of the exceptions to its statutory duty to deal with complaints of discrimination. Closer judicial scrutiny is

justified, however, when the Commission decides not to deal with a complaint. Likewise, the duty of fairness does not require the Commission to give a complete statement of its reasons for deciding to conduct an investigation.

In some circumstances, labour arbitrators also have the authority to hear grievances alleging that an employer has engaged in discriminatory conduct that contravenes the collective agreement. This availability of multiple forums led to Canada Post's principal argument that the complainants were given a chance to relitigate the same issues after having lost at arbitration.

In his analysis of this issue, Justice Evans considered other cases that addressed the issue of whether an employee could litigate the same complaint in two different forums. For example, in *Weber* v. *Ontario Hydro*, the Supreme Court of Canada held that a court had no jurisdiction over a claim that an employee's Charter rights were infringed upon by his employer, where the claim involved breach of the terms of the collective agreement and could have been pursued through arbitration.

Justice Evans distinguished these cases from *Weber*. Applying *Weber* to them, he said, would exclude the Commission from ever investigating a complaint that had already been decided by an arbitrator. This would clearly be wrong, because the Commission has powers and expertise in the area of human rights that arbitrators do not possess, as well as the statutory mandate to fight discrimination.

Justice Evans said that applying to the Federal Court to stay proceedings before the Commission had even begun to investigate a case was unlikely to receive the Court's approval. If Parliament intended to give the Commission discretion not to investigate when grievances and other procedures had been exhausted, it would surely have said so, rather then leaving the issue to be dealt with under the general jurisdiction clause in section 41(c) of the Canadian Human Rights Act.

Section 41 sets out the circumstances in which the Commission can refuse to deal with a complaint. It was intended to enable it to screen out cases that obviously had no merit, the Court held. It would be unduly burdensome to require the Commission, at a preliminary stage of the process, to engage in the extensive investigation that might be necessary before it determined whether to apply issue estoppel.

In the Court's view, the Commission may not refuse to investigate a complaint on the ground that the complainant has pursued the matter before a labour arbitrator and lost. Canada Post's application was denied.

The decision clarifies that human rights commissions have an expertise and a mandate that makes them the preferred forum for resolving human rights complaints. The Commission should not refuse to deal with a human rights complaint simply because an arbitrator has already dismissed an allegation of discrimination based on the same facts. Prior arbitrators' rulings can be considered

by the Commission in making its decision on a case, but the Commission still has the discretion to deal with a complaint, even though it was dismissed by an arbitrator, or the complainant did not pursue a grievance.

Canada Post has since filed an appeal with the Federal Court of Appeal.

In December, the Supreme Court of British Columbia decided that an individual could not sue the Canadian Human Rights Commission for damages for failing to deal with a human rights complaint.

Carol Ann Thibodeau filed a lawsuit in the Supreme Court of British Columbia against her former employer. She claimed, among other things, harassment in the workplace. In her statement of claim, the Canadian Human Rights Commission was also named as a defendant, apparently because it had not dealt with her complaint. Human rights officers had informed Ms. Thibodeau that the Commission had no jurisdiction to deal with her complaint because her employer was subject to provincial, not federal, human rights law.

The counsel for the Commission asked the Court to remove it as a party to this law suit or dismiss the action against it.

In his decision, Mr. Justice Sherman Hood held that the Federal Court Act prevents provincial superior courts only from judicially reviewing the administrative actions of federal agencies. "In essence," he noted, "the federal Commission's decision involves whether the Plaintiff's complaint concerns a federal matter or a provincial matter, based on the delineated division of legislative powers found in subsections 91 and 92 of the Constitution Act, 1867. The decision does not involve the administration of the Canadian Human Rights Act. I find that this Court has jurisdiction to review the Commission's decision to deny jurisdiction over the Plaintiff's complaint."

Justice Hood then went on to explain that if Ms. Thibodeau wanted to challenge the Commission's decision in the Supreme Court of British Columbia, she had to bring an application under the Judicial Review Procedure Act.

Finally, however, the Court held that Ms. Thibodeau could not claim damages against the Commission for failing to deal with her claim, and dismissed the action against it. The judge held that it was "plain and obvious" that Ms. Thibodeau could not succeed with her action, and that her statement of claim disclosed no reasonable claim or arguable issue. He cited with approval the decision in *Morgan* v. *The Queen*, in which it was held that the Canadian Human Rights Act did not create a private right of action for breach of a statutory duty on the part of the Commission.

Table of Cases

1. Aspects of Equality

British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. *British Columbia Government and Service Employees Union*, [1999] 3 S.C.R. 3.

British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. *British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868.

Law v. *Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

M v. *H*, [1999] 2 S.C.R. 3.

Corbiere v. *Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203.

2. Age

Olmstead v. *Attorney General of Canada*, [1999] T-126-98 (F.C.T.D.).

3. Religion

Nijjar v. *Canada 3000* (1999), 36 C.H.R.R. D/76 (Canadian Human Rights Tribunal).

4. Disability

Mills v. *Via Rail* (1999), 35 C.H.R.R. D/127 (Canadian Human Rights Tribunal).

Bernard v. *Waycobah Band of Education* (1999), T.D. 2/99 (Canadian Human Rights Tribunal).

5. Sex

Franke v. *Canadian Armed Forces* (1999), 34 C.H.R.R. D/140 (F.C.T.D.).

6. Pay Equity

Public Service Alliance of Canada v. *Treasury Board of Canada*, [1999] T-1698-98 (F.C.T.D.).

Communications, Energy and Paperworkers Union v. *Bell Canada*, [1999] S.C.C.A. No. 1 (S.C.C.).

Government of the Northwest Territories v. *the Public Service Alliance of Canada and the Canadian Human Rights Commission*, [1999] T-2411-98 (F.C.T.D.).

7. Hate Messages

Zündel v. *Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1999] 3 F.C. 58 (F.C.T.D.).

Zündel v. *Canada (Attorney General)*, [1999] 4 F.C. 289 (F.C.T.D.).

Zündel v. *Citron*, [1999] 3 F.C. 409 (F.C.T.D.).

Zündel v. *Sabina Citron et al.*, [1999] T-190-99 (F.C.T.D.).

8. Jurisdictional and Procedural Questions

Canada Post Corporation v. *Murray Nolan and the Canadian Human Rights Commission* and *Canada Post Corporation* v. *André Barrette and the Canadian Human Rights Commission* (1998), 34 C.H.R.R. D/353 (F.C.T.D.).

Thibodeau v. *the Canadian Human Rights Commission*, [1999] C993716 (B.C. S.C.).

Key to Abbreviations

B.C. S.C.	Supreme Court of British Columbia
C.H.R.R.	Canadian Human Rights Reporter
F.C.	Federal Court of Canada Reports
F.C.T.D.	Federal Court Trial Division
S.C.C.	Supreme Court of Canada
S.C.C.A.	Supreme Court of Canada Applications for Leave to Appeal
S.C.R.	Canada Supreme Court Reports
T.D.	Tribunal Decision

COMMISSION CANADIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE

Rapport juridique 1999

Commission canadienne des droits de la personne
344, rue Slater, 8e étage
Ottawa (Ontario) K1A 1E1
Téléphone : (613) 995-1151
Numéro sans frais : 1-888-214-1090
ATS : 1-888-643-3304
Télécopieur : (613) 996-9661

Courriel : *info.com@chrc-ccdp.ca*

Le Rapport juridique 1999 est une publication qui accompagne le Rapport annuel de la Commission canadienne des droits de la personne. Le lecteur y trouvera de l'information sur des décisions importantes rendues par des cours et des tribunaux canadiens en 1999.

Ce rapport est également publié sur bande sonore, en gros caractères, en braille et sur disquette pour qu'il soit accessible aux personnes ayant une déficience. On peut aussi le consulter sur le site Web de la Commission.
http://www.chrc-ccdp.ca

© Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux 2000
N° de catalogue HR1-2/1999
ISBN 0-662-64563-4

RAPPORT JURIDIQUE 1999

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 1

Aspects de l'égalité 2

Règlement des plaintes 16

Âge 16

Religion 17

Déficience 18

Sexe 22

Parité salariale 25

Messages haineux 29

Questions de compétence et de procédure 33

Table des décisions 38

RAPPORT JURIDIQUE 1999

L'égalité consiste essentiellement à être traité en fonction de son propre mérite, de ses propres capacités et de sa propre situation. L'égalité véritable exige de tenir compte des différences.

— Beverley McLachlin
Cour suprême du Canada
1999

La législation sur les droits de la personne est l'une des pierres angulaires de la société civile au Canada, et les paroles du nouveau juge en chef de la Cour suprême nous en rappellent l'objet. La recherche de l'égalité réelle est au cœur de la mission de la Commission canadienne des droits de la personne et elle s'est reflétée, en 1999, dans les décisions de la Cour suprême et d'autres cours de justice et tribunaux administratifs.

Les principales décisions rendues au cours de l'année nous éclairent sur l'interprétation à donner à la législation sur les droits de la personne : elles clarifient les valeurs qui la sous-tendent, la portée de la protection qu'elle assure, les limites des défenses invoquées contre elle et l'analyse appropriée des plaintes à la lumière de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'indication la plus claire qu'on y trouve, cependant, découle du fait que les tribunaux ont reconnu l'importance de substituer, en matière de discrimination, une approche systémique aux analyses et aux solutions fondées sur des cas d'espèce.

Dans l'affaire *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour suprême du Canada a établi des lignes directrices pour l'interprétation de la législation canadienne relative aux droits de la personne. En précisant les valeurs qui sont au cœur de l'égalité — la dignité et la justice —, le juge Frank Iacobucci a proposé une direction nouvelle pour analyser les plaintes de discrimination.

Dans la cause *M. c. H.*, la Cour a donné des indications sur la portée de la protection contre la discrimination qu'assure l'article 15 de la *Charte*. Les juges Peter Cory et Frank Iacobucci ont déclaré, au nom de la majorité, qu'en examinant des contestations en vertu de la *Charte*, les tribunaux devraient déterminer si les dispositions contestées aggravent les effets de désavantages ou d'une vulnérabilité qui

existaient déjà. Leur décision, dans laquelle ils concluent que l'article 29 de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario est inconstitutionnel parce qu'il traite différemment les conjoints de fait homosexuels et hétérosexuels, reconnaît une fois de plus l'égalité des gais et des lesbiennes devant la loi.

Les décisions de la Cour dans deux autres affaires comportaient des éclaircissements sur les moyens de défense opposés aux plaintes de discrimination. L'arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, mieux connu sous le titre de décision *Meiorin*, est l'un des plus importants qui aient jamais été rendus dans le domaine du droit à l'égalité. En définissant le critère juridique à appliquer à l'exigence professionnelle justifiée, il supprime la distinction qui était faite auparavant entre la discrimination « directe », qui établit clairement des différences fondées sur des motifs interdits, et la discrimination « par suite d'un effet préjudiciable », dans laquelle des pratiques en apparence neutres ont un effet discriminatoire caché.

Que l'adaptation s'applique à une femme pompier comme Tawney Meiorin ou à des personnes ayant une déficience visuelle comme Terry Grismer ou n'importe quelle autre caractéristique protégée par la législation sur les droits de la personne, elle a pour objet d'assurer à tous les Canadiens les mêmes possibilités en les mettant à l'abri de la discrimination. L'affaire *Grismer*, officiellement désignée *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, étend l'application du critère de l'arrêt *Meiorin* à la prestation des services. Les décisions *Meiorin* et *Grismer* obligent les employeurs et les fournisseurs de services sous réglementation fédérale à veiller à ce que leurs normes favorisent une égalité réelle par l'adoption de mesures d'adaptation systémiques, au lieu de mesures d'exception destinées à assurer l'égalité de façon ponctuelle.

Enfin, une décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Alliance de la fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor du Canada* a confirmé qu'il convenait d'interpréter largement les dispositions législatives concernant la parité salariale afin de combattre la discrimination systémique qui s'exerce contre les femmes. De plus, en déclarant que l'égalité de rémunération pour des fonctions équivalentes constitue un droit fondamental de la personne, le juge John Evans a établi que les dispositions de parité salariale de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, comme le reste de la *Loi* d'ailleurs, ont un caractère quasi constitutionnel.

Aspects de l'égalité

Certaines normes d'emploi empêchent encore les femmes d'accéder à des professions non traditionnelles, mais les tribunaux commencent à remédier à cette situation. En septembre, la Cour suprême du Canada a statué qu'une norme obligatoire de condition physique s'appliquant également à des hommes et

des femmes était discriminatoire parce qu'elle imposait aux femmes une norme masculine. L'affaire *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, mieux connue sous le titre d'affaire *Meiorin*, constitue un précédent qui influera sans doute sur la façon dont ces questions seront traitées à l'avenir, en obligeant les employeurs à établir des normes de recrutement fondées sur une égalité réelle plutôt qu'à s'adapter aux « différences » après coup.

Engagée par la province, Tawney Meiorin faisait partie depuis plus de deux ans d'une équipe de choc chargée de combattre les incendies de forêt. En 1994, conformément aux recommandations d'un rapport d'enquête du coroner, le gouvernement de la Colombie-Britannique a adopté de nouveaux tests de condition physique pour déterminer si les candidats répondaient à la norme aérobique exigée des pompiers. M^me^ Meiorin a réussi à trois des quatre tests, mais échoué à celui qui exigeait de courir 2,5 km en 11 minutes ou moins. Malgré un dossier professionnel établissant qu'elle s'acquittait d'une manière satisfaisante de ses fonctions de pompière forestière, M^me^ Meiorin a perdu son emploi parce que son meilleur temps à la course de 2,5 km dépassait la norme de 49,4 secondes.

Son syndicat, la British Columbia Government and Service Employees Union (BCGSEU), a déposé un grief en son nom en soutenant que la norme de condition physique ne constituait pas une bonne mesure d'évaluation des exigences professionnelles applicables aux pompiers. La preuve produite à l'arbitrage démontrait que la plupart des femmes ont une capacité aérobique inférieure à celle de la plupart des hommes par suite des différences physiologiques entre les deux sexes. Bien que l'entraînement puisse permettre à la plupart des hommes de satisfaire à la norme, la plupart des femmes ne peuvent pas atteindre la capacité aérobique exigée, même après un entraînement. De plus, le gouvernement n'a pas établi que le test constituait une exigence professionnelle justifiée en prouvant d'une façon crédible que l'incapacité de M^me^ Meiorin de satisfaire à la norme créait un risque pour la sécurité.

L'arbitre du travail qui a entendu le grief a conclu que le test était discriminatoire, qu'il avait un effet négatif disproportionné sur les femmes et qu'il excluait, par conséquent, des personnes capables de combattre les incendies de forêt.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a cependant annulé la décision de l'arbitre ordonnant la réintégration de M^me^ Meiorin dans ses fonctions au ministère des Forêts de la province. Selon la Cour, le fait de maintenir M^me^ Meiorin dans son poste après son échec au test aurait constitué une forme de « discrimination à rebours ».

En septembre 1999, la Cour suprême du Canada a infirmé à l'unanimité la décision de la Cour d'appel et rétabli celle de l'arbitre. Dans son arrêt, la Cour a rejeté l'« analyse conventionnelle » qui exige de répartir les affaires entre deux catégories,

celles de la « discrimination directe » et de la « discrimination par suite d'un effet préjudiciable ». Dans le cas de la discrimination directe, les tribunaux ont permis aux employeurs, dans le passé, de faire preuve de discrimination s'ils pouvaient démontrer qu'une norme de recrutement ou d'emploi constituait une exigence professionnelle justifiée. Dans celui de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable — c'est-à-dire lorsqu'une règle professionnelle semble neutre mais a, en fait, des incidences négatives sur un groupe particulier —, ils avaient obligé les employeurs à démontrer uniquement qu'il existait un lien rationnel entre l'emploi et la norme, et qu'il était impossible de répondre aux besoins spéciaux d'un employé sans subir une contrainte excessive.

Dans le cas de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, l'accent était mis sur l'adaptation plutôt que sur le changement systémique. Cela a permis aux employeurs et aux fournisseurs de services de continuer à appliquer des normes discriminatoires, tant qu'ils prenaient des mesures pour répondre aux besoins des personnes lésées par ces normes. Ces dernières demeuraient donc en vigueur, continuant à exclure ceux et celles qui ne voulaient ou ne pouvaient les contester ou demander des mesures d'adaptation. En définitive, cette situation légitimait la discrimination systémique.

La Cour a formulé plusieurs autres objections à la méthode conventionnelle. Ainsi, il n'est pas toujours facile de déterminer si une cause doit être classée dans la catégorie de la discrimination directe ou celle de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Cette classification « malléable », c'est-à-dire assez incertaine, peut amener un arbitre à classer inconsciemment une norme en fonction de la réparation qu'il envisage. Selon la classification, une même discrimination peut donner lieu à des réparations radicalement différentes. De plus, il y a peu de différence entre les arguments que doit présenter un employeur pour se défendre d'une allégation de discrimination directe ou de discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Enfin, l'analyse conventionnelle s'écarte de l'approche basée sur l'existence d'un effet discriminatoire, qui a été adoptée pour prouver la discrimination en vertu des dispositions d'égalité de la *Charte*.

Écrivant au nom de la Cour, M^me^ le juge Beverley McLachlin a statué que l'analyse conventionnelle était dépassée. Selon elle, « l'analyse conventionnelle était utile pour interpréter les premières lois sur les droits de la personne, et représentait vraiment un progrès important du fait qu'elle reconnaissait pour la première fois le mal de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable [...] Cependant, peu importe à quel point cette méthode peut nous avoir été utile dans le passé, un bon nombre d'auteurs ont indiqué qu'elle sert mal les fins des lois contemporaines sur les droits de la personne. Je suis d'accord. À mon avis, la complexité et la facticité inutile de certains aspects de l'analyse

conventionnelle témoignent du fait que le moment est venu de simplifier les lignes directrices qui régissent l'interprétation des lois sur les droits de la personne au Canada. »

Le nouveau modèle d'analyse du juge McLachlin comporte trois étapes permettant de juger si une défense d'exigence professionnelle justifiée est acceptable. La première étape consiste à établir l'objet de la norme et à déterminer s'il est rationnellement lié à l'exécution du travail : il s'agit ici d'examiner la légitimité de l'objet et non la validité de la norme. Si l'objet n'est pas légitime ou s'il n'est pas fondé sur les besoins réels de l'emploi, alors la norme résultante n'est pas une exigence professionnelle justifiée.

À la deuxième étape, le tribunal doit décider si l'employeur a établi la norme en croyant honnêtement qu'elle était nécessaire pour réaliser l'objet défini au cours de la première étape. L'employeur doit démontrer qu'il jugeait la norme nécessaire et qu'il n'avait aucune intention discriminatoire.

À la troisième étape, le tribunal doit déterminer si la norme est raisonnablement nécessaire pour accomplir son objet. Pour défendre une norme de recrutement ou d'emploi, a noté la Cour, l'employeur devrait démontrer qu'elle n'est pas excessive et qu'il lui était impossible, sans subir une contrainte excessive, d'éviter la discrimination envers le demandeur et les autres personnes lésées par la norme. À cette étape, le tribunal doit déterminer si l'employeur a envisagé des solutions de rechange non discriminatoires, s'il lui était possible de réaliser l'objet visé en établissant différentes normes pour différents travailleurs et si des tiers — des syndicats, par exemple — l'ont aidé à définir une norme appropriée. Les juges n'ont pas spécifié en l'espèce les considérations financières, administratives ou de santé pouvant constituer une contrainte excessive, mais des décisions rendues antérieurement donnent des précisions sur ce point.

Dans le cas de M^me^ Meiorin, la Cour a estimé que le gouvernement provincial avait satisfait aux exigences des deux premières étapes, mais pas de la troisième, qui est de démontrer que la norme était raisonnablement nécessaire.

La Cour suprême du Canada a jugé que la province avait commis deux erreurs. D'abord, elle avait établi des normes principalement basées sur les aptitudes physiques de quelques douzaines de pompiers d'élite, essentiellement de sexe masculin, au lieu de mettre à l'épreuve une plus vaste gamme de personnes afin de déterminer la capacité aérobique minimale nécessaire pour s'acquitter des fonctions du poste. Ensuite, elle n'a pas réussi à démontrer que cette norme aérobique était nécessaire pour sélectionner les personnes capables de remplir les fonctions de pompier avec sécurité et efficacité. De plus, les études effectuées par la province n'ont pas établi de distinction entre les sujets de sexe masculin et féminin, de sorte qu'elles ne pouvaient pas révéler si une femme

pouvait remplir de façon satisfaisante les fonctions de pompier même avec une capacité aérobique inférieure à celle d'un homme. Enfin, le gouvernement provincial n'a présenté aucun élément de preuve établissant qu'une norme différente lui aurait occasionné une contrainte excessive.

La Cour a donc statué que l'employeur ne pouvait invoquer la norme pour justifier le renvoi de M^me^ Meiorin. « Il n'y avait aucune preuve crédible que la capacité aérobique prescrite était nécessaire pour que soit les hommes soit les femmes puissent exécuter le travail de pompier forestier de façon satisfaisante. Au contraire, M^me^ Meiorin avait bien fait son travail dans le passé, sans présenter de risque apparent pour elle-même, ses collègues ou le public », a déclaré le juge McLachlin. La Cour a ordonné par conséquent qu'elle soit rétablie dans ses fonctions et indemnisée pour le salaire et les avantages perdus.

Confirmant que l'affaire *Meiorin* établissait la bonne façon d'examiner les moyens de défense opposés aux plaintes de discrimination, la Cour suprême du Canada a eu l'occasion d'appliquer le critère de l'arrêt *Meiorin* à un appel interjeté quelques mois plus tard dans la cause *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, également désignée affaire *Grismer*. Le Council of Human Rights est aujourd'hui connu sous le nom de British Columbia Human Rights Commission ou Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique. L'affaire *Grismer* portait sur la prestation d'un service — la délivrance d'un permis de conduire — et l'invocation, par l'intimé, d'un motif justifiable à l'appui de sa décision.

En 1984, Terry Grismer a eu, à l'âge de 40 ans, un accident cérébrovasculaire dont la seule séquelle permanente était une hémianopsie homonyme, qui l'a privé de sa vision périphérique du côté gauche des deux yeux. Même s'il pouvait compenser la faiblesse de sa vision périphérique de diverses façons, M. Grismer s'est vu retirer son permis de conduire par suite d'une interdiction générale frappant toutes les personnes atteintes de ce trouble de la vision.

Bien que M. Grismer ait réussi à plusieurs reprises le test de conduite, il n'a pas pu persuader les agents du Bureau du surintendant des véhicules automobiles de la Colombie-Britannique de rétablir son permis. Son hémianopsie homonyme l'empêchait en effet de satisfaire au critère d'un champ de vision périphérique minimal de 120 degrés. Cette norme s'appliquait de manière absolue aux personnes atteintes du même trouble, mais pas aux autres. Elle avait été définie, pour la Direction des véhicules automobiles, par la British Columbia Medical Association et avait, par la suite, été adoptée par l'Association médicale canadienne.

Après s'être vu refuser un permis pour la quatrième fois, M. Grismer a porté plainte auprès du Council of Human Rights de la Colombie-Britannique, qui s'est prononcé en sa faveur. Le Surintendant des véhicules

automobiles a reçu l'ordre d'évaluer M. Grismer et d'assujettir son permis de conduire à des restrictions, au besoin. Malheureusement, peu de temps après l'audition de l'affaire, M. Grismer est décédé des suites de complications dues à un accident d'équitation. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision, à la suite de quoi l'affaire a été portée devant la Cour suprême.

Écrivant au nom de la Cour, M^me^ le juge Beverley McLachlin a commencé par exprimer son appui au principe selon lequel les personnes ayant une déficience devraient être jugées d'après ce qu'elles sont capables de faire plutôt qu'en fonction de normes abstraites. « En l'espèce, il ne s'agit pas de savoir s'il faut permettre aux conducteurs à risque de conduire, a-t-elle noté. [...] Il s'agit plutôt de savoir si, d'après la preuve déposée [...], on aurait dû offrir à M. Grismer la possibilité de prouver, au moyen d'une évaluation individuelle, qu'il était en mesure de conduire. Il s'agit également de combattre les fausses hypothèses concernant les effets de déficiences sur les capacités individuelles. Trop souvent, hélas, on suppose que les personnes atteintes de déficiences sont incapables d'accomplir certaines tâches, compte tenu de l'expérience de personnes non invalides. Les lois en matière de droits de la personne visent essentiellement à éliminer de telles hypothèses et à renverser les obstacles à l'égalité de tous. »

La Cour a statué que M. Grismer avait établi l'existence de discrimination à première vue en démontrant qu'on lui avait refusé un permis de conduire en raison d'une déficience physique. Dès lors, il incombait au Surintendant des véhicules automobiles de prouver que, d'après la prépondérance des probabilités, la norme était justifiée.

La Cour a appliqué le critère de l'arrêt *Meiorin* de la façon suivante. D'abord, elle a déterminé que la norme avait pour objet d'assurer la sécurité routière. Dans ce contexte, un certain degré de risque est tolérable : autrement, très peu de gens seraient autorisés à conduire. Le juge McLachlin a comparé la situation de M. Grismer à celle des personnes âgées, à qui on donne la possibilité de prouver qu'elles ont les aptitudes nécessaires pour conduire. Comme tous les autres, elles sont tenues d'établir qu'elles peuvent conduire d'une manière raisonnablement — mais non parfaitement — sûre. Il est donc clair que la norme permet de tolérer un degré modéré de risque, établissant ainsi un certain équilibre entre le besoin qu'ont les gens d'être autorisés à conduire et la nécessité d'assurer la sécurité sur la voie publique.

Ensuite, il fallait déterminer si le Surintendant avait prouvé que l'objectif d'une sécurité routière raisonnable était rationnellement lié à la délivrance des permis de conduire. Il relève du bon sens, a déclaré la Cour, que les permis ne soient délivrés qu'aux personnes pouvant démontrer qu'elles sont en mesure de conduire d'une manière raisonnablement sûre.

La deuxième étape du critère *Meiorin*, consistant à déterminer si l'adoption de la norme relative à la vision était, en toute bonne foi, fondée sur la conviction qu'elle était nécessaire pour assurer la sécurité, ne faisait l'objet d'aucun doute. Mais la troisième étape du critère — la norme était-elle raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif d'une sécurité routière raisonnable? — présentait certes des difficultés. Pour répondre aux exigences du critère, le Surintendant des véhicules automobiles aurait dû prouver qu'il ne pouvait pas à la fois assurer la sécurité routière et répondre aux besoins de personnes telles que M. Grismer sans subir une contrainte excessive.

Pour la Cour, il y avait deux moyens de démontrer qu'une interdiction générale était raisonnablement nécessaire en l'espèce. Le premier consistait à prouver qu'il était impossible pour une personne ayant une déficience donnée de conduire un véhicule automobile sans risque sur la voie publique. Le second était d'établir que l'adaptation est déraisonnable parce qu'il était impossible en pratique de faire subir des tests individuels de conduite à tous les candidats atteints d'hémianopsie homonyme.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait estimé que les personnes privées de vision périphérique courraient de plus grands risques que les autres d'avoir un accident. Toutefois, une étude déposée par le Surintendant révélait que certains conducteurs atteints d'hémianopsie homonyme pouvaient conduire de façon sécuritaire et obtenaient effectivement le permis de conduire en Grande-Bretagne, au Japon, en Finlande et dans beaucoup d'États américains. L'absence d'unanimité à l'échelle internationale a miné la présomption du Surintendant selon laquelle les personnes atteintes d'hémianopsie homonyme ne peuvent jamais conduire de façon sécuritaire. D'autres éléments de preuve ont révélé que ces personnes peuvent compenser dans une certaine mesure la déficience de leur vision périphérique en utilisant des verres correcteurs à prisme et en tournant la tête à droite et à gauche pour surveiller la circulation. Même si les personnes atteintes d'hémianopsie homonyme ne peuvent pas toutes recourir à ces moyens pour réduire les risques liés à leur déficience, il semblait que M. Grismer pouvait le faire.

N'ayant pas réussi à établir qu'une personne atteinte du même trouble de la vue que M. Grismer était à jamais incapable de conduire de façon sécuritaire, le Surintendant devait prouver que l'adaptation au moyen d'évaluations individuelles était impossible. La preuve produite révélait cependant que deux tests de sécurité routière avaient été conçus pour les personnes atteintes d'hémianopsie homonyme. Il est en outre possible de recourir à des tests en laboratoire ou de délivrer des permis conditionnels.

Le Surintendant a fait allusion au coût lié à l'évaluation des personnes atteintes d'hémianopsie homonyme, sans toutefois donner de chiffres précis. La Cour était cependant d'avis qu'« il faut se garder de

ne pas accorder suffisamment d'importance à l'accommodement de la personne handicapée [...] la preuve, constituée d'impressions, d'une augmentation des dépenses ne suffit pas généralement ».

Le juge McLachlin a ainsi résumé le point de vue de la Cour : « ... le Surintendant n'a présenté aucune preuve qu'il avait examiné l'une ou l'autre des options qui auraient pu rendre possible et abordable l'évaluation de la capacité de conduire de M. Grismer. Se contentant de s'en remettre à l'opinion générale du corps médical et faisant abstraction de la preuve que certaines personnes atteintes d'hémianopsie homonyme peuvent conduire et conduisent effectivement de façon sécuritaire, il n'a même posé aucun geste susceptible de constituer une mesure d'accommodement. Il était tout simplement d'avis qu'aucun accommodement n'était nécessaire.

« Selon le critère de l'arrêt *Meiorin*, a poursuivi le juge McLachlin, le Surintendant était tenu de démontrer qu'il avait envisagé et rejeté raisonnablement toute forme possible d'accommodement. Il incombait au Surintendant, qui avait adopté une norme discriminatoire à première vue, de prouver qu'il était impossible d'incorporer dans la norme des aspects d'accommodement individuel sans qu'il en résulte une contrainte excessive. Il ne l'a pas fait. D'après les faits de la présente affaire, le refus général du Surintendant de délivrer un permis de conduire n'était pas justifié. Son erreur en l'espèce résulte non pas du fait qu'il a refusé d'abaisser ses normes de sécurité (ce qui serait contraire à l'intérêt public), mais du fait qu'il a abandonné sa démarche raisonnable en matière de délivrance de permis pour adopter une norme absolue qui n'était étayée par aucun élément de preuve convaincant. Le Surintendant était tenu de donner à M. Grismer la possibilité de prouver qu'il pouvait conduire de façon sécuritaire en lui faisant subir une évaluation individuelle. »

Les décisions *Meiorin* et *Grismer* devraient mener à la suppression de nombreux obstacles, allant des exigences professionnelles aux tests normalisés, que doivent affronter en particulier les personnes handicapées. À l'avenir, les employeurs et les fournisseurs de services devront déterminer s'il y a lieu de modifier leurs normes de manière à répondre aux besoins d'un plus grand nombre de personnes.

Dans le passé, la Cour suprême du Canada avait adopté divers points de vue sur la façon de définir la discrimination en vertu de la *Charte*. Dans le cas de *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour s'est prononcée à l'unanimité sur cette question souvent controversée. Dans cette affaire, les juges ont convenu que la discrimination fondée sur l'âge était constitutionnelle tant qu'elle ne portait pas atteinte à la dignité humaine. De plus, la Cour a établi une série de lignes directrices pour guider l'analyse des affaires de discrimination.

Nancy Law avait 30 ans quand elle est devenue veuve en 1991. Son mari est

décédé à l'âge de 50 ans après avoir cotisé pendant 22 ans au Régime de pensions du Canada. Peu après la mort de M. Law, sa veuve a présenté une demande afin d'obtenir des prestations de survivant en vertu du Régime. La demande a cependant été rejetée parce qu'au moment du décès de son mari, elle n'avait pas atteint l'âge de 35 ans, n'était pas invalide et n'avait pas d'enfants à charge. M^me^ Law a contesté la politique fédérale devant deux organismes de révision puis à la Cour d'appel fédérale, mais a été déboutée à tous les paliers. Elle a enfin porté son appel devant la Cour suprême du Canada, soutenant que le Régime la soumettait à une distinction injuste fondée sur l'âge, en violation du paragraphe 15(1) de la *Charte*.

Dans une décision rédigée par le juge Frank Iacobucci, la Cour a déclaré que l'analyse de la discrimination devait reposer sur une démarche tenant compte à la fois de l'objet de la mesure contestée et du contexte. Pour le juge Iacobucci, l'objet du paragraphe 15(1) est « d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains ou comme membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération ».

La démarche adoptée par la Cour repose sur trois questions primordiales : « (A) La loi a-t-elle pour objet ou pour effet d'imposer une différence de traitement entre le demandeur et d'autres personnes? (B) La différence de traitement est-elle fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? (C) La loi en question a-t-elle un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité? La première question vise à déterminer si la loi entraîne une différence de traitement. Les deuxième et troisième questions visent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du paragraphe 15(1). »

Au sujet de la première question, la Cour s'est posé la question suivante : « La loi contestée [...] établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou [...] omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d'autres personnes en raison d'une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? »

Le Régime de pensions du Canada accorde des prestations au conjoint survivant sans enfants à charge immédiatement après le décès du travailleur assuré, si ce conjoint a plus de 35 ans. Les personnes âgées de moins de 35 ans, cependant, doivent attendre l'âge de 65 ans avant de recevoir des prestations. Le Régime établit une nette distinction entre les demandeurs de plus de 35 ans et ceux qui n'ont pas atteint

cet âge. Le report du versement des prestations constitue une négation du droit au même bénéfice de la loi, ce qui, aux yeux de la Cour, satisfait au premier volet de l'analyse de l'égalité.

Pour répondre à la deuxième question, la Cour devait se poser la question suivante : « Le demandeur fait-il l'objet d'une différence de traitement fondée sur un ou plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? » L'âge est l'un des motifs de discrimination énumérés au paragraphe 15(1) de la *Charte*. De l'avis de la Cour, la pension de survivant établit clairement des distinctions fondées sur l'âge.

Au sujet de la troisième question, la Cour s'est demandé : « La différence de traitement est-elle discriminatoire en ce qu'elle impose un fardeau au demandeur ou le prive d'un avantage d'une manière qui dénote une application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe ou qui a par ailleurs pour effet de perpétuer ou de promouvoir l'opinion que l'individu touché est moins capable ou est moins digne d'être reconnu ou valorisé en tant qu'être humain et que membre de la société canadienne, qui mérite le même intérêt, le même respect et la même considération? »

En réponse à ces questions, la Cour a déclaré que même si le Régime de pensions du Canada traite indéniablement les jeunes d'une autre façon que les moins jeunes, la distinction dans ce cas ne se fonde pas sur des préjugés. « ... la loi traite différemment ces personnes plus jeunes, mais, si elle est analysée du double point de vue de la sécurité à long terme et des possibilités plus grandes offertes par la jeunesse, la différence de traitement ne traduit ni n'encourage l'idée que ces personnes sont moins capables, ou moins dignes d'intérêt, de respect et de considération. »

Bref, la Cour a convenu avec le gouvernement fédéral que l'âge de 35 ans constitue un seuil défendable parce que les prestations au survivant ont pour objet d'aider les personnes âgées dont les perspectives à long terme ne sont pas très brillantes, et non d'alléger dans l'immédiat un fardeau à court terme. « En établissant un régime de pensions qui accorde des prestations suivant l'âge du survivant, le législateur semble avoir voulu allouer les fonds aux personnes dont la capacité de subvenir à leurs besoins était la plus faible », a soutenu le juge Iacobucci. Étant jeune, en bonne santé et sans enfants, M^me^ Law avait de bonnes chances d'arriver à subvenir à ses propres besoins. Pour la Cour, « les personnes plus jeunes sont plus susceptibles de trouver un nouveau conjoint, sont davantage capables de se doter d'une nouvelle formation ou de trouver un nouvel emploi et disposent de plus de temps pour s'adapter à leur nouvelle situation financière avant de prendre leur retraite [...] Dans des circonstances aussi particulières, où l'objet et les effets des dispositions législatives ne sapent pas la dignité des personnes qu'elles excluent, il est loisible au législateur de se servir de l'âge comme d'un indicateur des besoins à long terme. » M^me^ Law ne sera

donc admissible aux prestations que lorsqu'elle atteindra l'âge de 65 ans.

Dans l'affaire *M. c. H.*, la Cour suprême du Canada a accordé une nouvelle victoire judiciaire aux partisans de l'égalité pour les gais et les lesbiennes en déclarant inconstitutionnel l'article 29 de la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario, parce qu'il n'accordait pas aux couples homosexuels le même traitement qu'aux conjoints de fait hétérosexuels.

L'affaire met en cause deux femmes, connues seulement sous les initiales de M et de H. Après la rupture d'une relation qui a duré dix ans, M avait demandé une pension alimentaire à H, mais n'avait pas pu l'obtenir parce que la *Loi sur le droit de la famille* donnait une définition étroite de « conjoint ». L'article 29 de la *Loi* étend l'obligation alimentaire entre conjoints aux personnes de sexe différent qui ne sont pas mariées, mais qui cohabitent de façon continue depuis un certain temps. Même si M pouvait satisfaire aux exigences relatives au besoin et à la continuité de la relation, sa demande de pension alimentaire avait été rejetée parce qu'elle était du même sexe que sa partenaire.

Bien que M et H aient depuis longtemps réglé leur différend, M a accepté de laisser aller sa cause devant la Cour suprême du Canada afin de contester la définition de « conjoint » dans la *Loi sur le droit de la famille*. Après que la Cour d'appel de l'Ontario eut statué que l'article 29 de la *Loi* était inconstitutionnel, le procureur général de la province a porté la décision en appel devant la Cour suprême du Canada. La Cour a rejeté l'appel dans une décision rendue par huit voix contre une, dans laquelle elle a appliqué les lignes directrices définies dans l'affaire *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*. Pour la Cour, en faisant une distinction entre les partenaires de même sexe et ceux de sexe opposé, la *Loi sur le droit de la famille* traitait M différemment des autres sur la base d'une caractéristique personnelle, son orientation sexuelle. La Cour avait statué dans des affaires précédentes que l'orientation sexuelle était analogue à des motifs de discrimination énumérés au paragraphe 15(1) de la *Charte*.

Ayant conclu que la *Loi* établissait un traitement différent fondé sur un motif analogue, la Cour devait ensuite se prononcer sur la question de savoir si cette distinction était en fait discriminatoire. Les recherches auxquelles la Cour s'est livrée à cette fin ont mis en évidence l'objet du paragraphe 15(1) de la *Charte* dans la lutte contre des fléaux tels que les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique.

Pour aboutir à la conclusion que cette distinction était discriminatoire, la Cour a affirmé qu'« on ne saurait trop insister sur la portée sociétale de l'avantage conféré par la loi. L'exclusion des partenaires de même sexe du bénéfice de l'art. 29 de la *Loi sur le droit de la famille* conduit à penser que M, et en général les personnes formant des unions avec une personne du même sexe, sont moins dignes de reconnaissance et de protection. C'est laisser entendre qu'elles sont jugées incapables de former des

unions intimes marquées par l'interdépendance financière par rapport aux couples de sexe différent [...] une telle exclusion perpétue les désavantages que subissent les personnes formant une union avec une personne du même sexe et contribue à les rendre invisibles. »

D'après la *Charte*, l'égalité n'est pas un droit absolu. Comme tous les autres droits, elle peut être restreinte par une règle de droit « dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». En vertu de l'article premier de la *Charte*, il incombe au législateur de prouver qu'il est justifié d'empiéter sur un droit. La Cour s'est donc demandé quel « objectif urgent et réel » on pouvait poursuivre en niant aux conjoints de même sexe le bénéfice de l'obligation alimentaire.

La province d'Ontario a défendu le maintien de la définition hétérosexuelle du conjoint en affirmant que, dans un couple, la femme est particulièrement vulnérable parce qu'elle est beaucoup plus susceptible qu'un homme de se trouver dans une situation de désavantage économique en cas de rupture. De plus, elle assume encore en général la plus grande part de responsabilité dans l'éducation des enfants. La Cour a rejeté cet argument parce que la *Loi sur le droit de la famille* autorise les hommes engagés dans une relation hétérosexuelle à demander une pension alimentaire, qu'il y ait ou non des enfants. L'objet de la *Loi sur le droit de la famille* est de favoriser l'égalité économique au terme d'une relation intime entre « personnes financièrement interdépendantes ». L'objectif secondaire de la *Loi* est d'alléger le fardeau financier de l'État en lui évitant d'avoir à subvenir aux besoins des conjoints à charge. L'exclusion des partenaires de même sexe ne favorise en rien l'atteinte de ces objectifs.

La Cour a rejeté l'assertion du procureur général selon laquelle l'arrêt *Egan* limite l'interprétation à donner à la définition de conjoint dans d'autres affaires, chaque cas devant être tranché selon ses propres circonstances. Contrairement à l'arrêt *Egan* qui porte sur la répartition des deniers publics, la *Loi sur le droit de la famille* de l'Ontario traite de droits économiques personnels. Par conséquent, la défense selon laquelle il faut permettre au législateur de régler « de manière graduelle » la question des avantages aux partenaires de même sexe n'est pas admissible en l'espèce.

La Cour a jugé qu'il serait excessif d'annuler la *Loi sur le droit de la famille* dans son ensemble. Elle a préféré déclarer l'article 29 « inopérant » et suspendre pendant six mois l'application de la déclaration, de façon à donner au législateur ontarien le temps de modifier la disposition en cause.

La Cour a insisté sur le fait que sa décision se limitait à la question de l'obligation alimentaire après la rupture d'une union intime d'une certaine permanence entre partenaires financièrement interdépendants. La question du mariage

n'ayant pas été soumise à la Cour, elle n'est pas visée par la décision. Cette dernière remet toutefois en question la constitutionnalité d'un grand nombre de lois provinciales.

Le gouvernement de l'Ontario a réagi à l'arrêt *M. c. H.* en déposant un projet de loi étendant certains droits aux couples de gais et de lesbiennes. Le 28 octobre 1999, le projet de loi 5, *Loi de 1999 modifiant des lois en raison de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt M. c. H.*, qui ajoutait l'expression « partenaires de même sexe » à 67 lois, a été adopté.

Toutefois, le gouvernement de l'Ontario pourrait se rendre compte que sa réaction à l'arrêt *M. c. H.* n'est pas allée assez loin pour éliminer la discrimination envers les couples de même sexe. Au lieu d'étendre la définition de conjoint, le projet de loi 5 ajoute aux catégories existantes (conjoints mariés et conjoints de fait de sexe opposé) une troisième, celle des « partenaires de même sexe ». Le gouvernement fédéral avait adopté une approche semblable lorsqu'il avait étendu les avantages aux partenaires de même sexe des fonctionnaires fédéraux en créant pour eux une catégorie distincte. Par la suite, dans un appel contre la décision *Moore et Akerstrom c. Conseil du Trésor*, M. le juge Andrew MacKay de la Cour fédérale a statué qu'un régime « séparé mais égal » établi pour les couples homosexuels demeurait discriminatoire. Il reste à voir si la nouvelle loi ontarienne sera contestée pour les mêmes motifs.

En mai, la Cour suprême du Canada a, pour la première fois, ouvert les élections des chefs et des conseils de bande aux Autochtones hors réserve. Dans *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, la Cour a statué qu'un article de la *Loi sur les Indiens* qui interdit aux membres d'une bande ne résidant pas dans la réserve de voter lors de l'élection des chefs et des conseils de bande violait les dispositions de la *Charte*. Cette décision aura d'importantes conséquences pour les femmes autochtones qui, si elles épousaient des non-Autochtones, perdaient leur statut d'Indiennes et, du même coup, leur appartenance à la bande et leur droit de vivre dans la réserve. Même si l'adoption du projet de loi C-31 en 1985 a rétabli les droits de ces femmes, beaucoup n'ont pas pu rentrer dans leur collectivité par suite de pénuries de logements et d'un manque chronique de possibilités d'emploi. Parce qu'elles ne pouvaient pas rentrer, elles étaient, dans la plupart des cas, privées du droit de voter aux élections des chefs et des conseils de bande.

Le rôle des membres de la bande vivant hors réserve a de tout temps été un sujet de controverse parmi les Autochtones, à cause des ressources naturelles exploitées dans certaines réserves et de l'accès aux fonds fédéraux de soutien social des Autochtones. D'une part, les conseils de bande soutiennent que les Autochtones hors réserve appauvrissent encore plus les bandes en transférant vers les villes une part de la richesse des réserves. De plus, il est impossible en pratique de les informer des thèmes électoraux, sans compter que

les bandes ne sont pas en mesure de protéger leur culture de l'influence des « Autochtones urbanisés ». D'autre part, les Autochtones hors réserve accusent les chefs et les conseils de bande de chercher à se maintenir au pouvoir en limitant le nombre d'électeurs.

Agissant en leur propre nom et au nom de tous les membres non résidents de la bande indienne de Batchewana, John Corbiere, Charlotte Syrette, Claire Robinson et Frank Nolan ont sollicité un jugement déclaratoire portant que le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* violait les dispositions de la *Charte*. Le paragraphe en question exige que les membres d'une bande « réside[nt] ordinairement » dans une réserve pour être habilités à voter à l'élection du conseil de la bande. Moins d'un tiers des membres inscrits de la bande de Batchewana vivent sur les terres de la réserve.

Dans une décision unanime, la Cour suprême du Canada a confirmé la décision de la Cour d'appel de l'Ontario déclarant que les exigences de résidence empiétaient sur les droits garantis par la *Charte*. La Cour a statué que la *Loi* établissait une distinction qui privait les Autochtones hors réserve du bénéfice égal de la loi. De plus, l'« autochtonité-lieu de résidence » (la qualité de membre hors réserve d'une bande indienne) constituait un motif analogue à ceux qui sont énumérés dans la *Charte*.

La Cour a mentionné un autre facteur qu'elle a jugé crucial : les membres hors réserve des bandes indiennes ont généralement souffert de désavantages et de préjugés et font partie d'une « minorité discrète et isolée » définie par la race et le lieu de résidence. Du point de vue des membres hors réserve des bandes indiennes, a écrit M^me^ le juge Claire L'Heureux- Dubé, le choix de vivre à l'intérieur ou à l'extérieur de la réserve est important pour leur identité et leur personnalité, et revêt donc un caractère fondamental.

Les membres hors réserve ont des intérêts majeurs à faire valoir relativement à la façon dont leur bande est administrée. En les privant du droit de vote, le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les Indiens* suggère qu'ils sont moins importants que les membres vivant dans la réserve ou qu'ils ont choisi de s'assimiler à l'ensemble de la société. Sur cette base, la Cour a conclu que la privation du droit de vote résultant de la *Loi* était discriminatoire.

Les juges McLachlin et Bastarache étaient d'avis que cette privation « présume que les Autochtones hors réserve ne sont pas intéressés à participer concrètement à la vie de leur bande ou à préserver leur identité culturelle, et qu'ils ne sont donc pas des membres de leur bande aussi méritants que les autres [...] Cette situation soulève l'application de l'aspect dignité de l'analyse fondée sur l'article 15 et entraîne le déni du droit à l'égalité réelle. »

La Cour a également convenu que cette violation n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La restriction

du droit de vote a un lien rationnel avec l'objectif de la *Loi*, qui est de ne donner voix au chapitre, en ce qui concerne les affaires de la réserve, qu'aux seules personnes les plus directement touchées par les décisions du conseil de la bande. Toutefois, l'exclusion complète des non-résidents constitue plus qu'une atteinte minimale à leurs droits. Même en admettant qu'une certaine distinction puisse être justifiée pour protéger les intérêts légitimes des membres de la bande qui vivent dans la réserve, la Cour a conclu que les appelants n'avaient pas démontré qu'il était nécessaire de priver les membres hors réserve du droit de vote. Les juges ont accordé au gouvernement fédéral un délai de 18 mois pour consulter les Premières Nations en vue d'établir de nouvelles règles électorales et le processus voulu pour tenir des élections élargies dans toutes les réserves du pays.

Même si cette décision permet à un plus grand nombre d'Autochtones de se faire inscrire sur les listes électorales, elle n'accorde à ceux qui vivent hors réserve ni le droit de poser leur candidature ni celui de proposer des candidats, ce qui limite leur influence. La décision ne touche que les collectivités autochtones qui tiennent des élections conformes aux dispositions de la *Loi sur les Indiens*, soit un peu moins de la moitié des réserves au pays. Elle ne s'applique pas aux collectivités qui élisent leur conseil selon la tradition. Par suite du changement, cependant, il se pourrait bien que, dans beaucoup de collectivités, le nombre de personnes vivant hors réserve qui auront maintenant le droit de vote dépasse de loin la taille de l'électorat local.

Règlement des plaintes

Âge

En 1986, Lance Olmstead a intenté une action contre les Forces canadiennes pour les empêcher de mettre fin à son service à l'âge de 50 ans, alléguant que leurs règles relatives à la retraite obligatoire empiétaient sur les droits à l'égalité que lui garantit l'article 15 de la *Charte*. En juin 1990, les parties ont convenu d'un règlement hors cour permettant à M. Olmstead de travailler pour les Forces jusqu'à son 56e anniversaire. On a soutenu par la suite que la signature de cette entente interdisait à M. Olmstead de présenter de nouvelles demandes relativement à la cessation de son service dans les Forces.

Plusieurs mois avant l'expiration de sa période de service prolongée, M. Olmstead a déposé une plainte à la Commission, alléguant qu'il était victime de discrimination à cause de son âge. La Commission l'a informé qu'elle ne pouvait pas donner suite à sa plainte. En effet, l'alinéa 15*b)* de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* permet de mettre fin à l'emploi d'un militaire en vertu des dispositions relatives à la retraite obligatoire des Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces. M. Olmstead a alors intenté une nouvelle action en Cour fédérale contre les Forces canadiennes —

Olmstead c. Canada (Procureur général) —, cherchant à obtenir un jugement déclaratoire établissant que l'alinéa 15*b)* de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* était contraire à l'article 15 de la *Charte*.

Soutenant que M. Olmstead ne pouvait pas agir en raison de l'entente qu'il avait signée en juin 1990, le procureur général a déposé une motion visant à obtenir un jugement sommaire déboutant le demandeur. Agissant à titre de tierce partie et s'appuyant sur la jurisprudence, la Commission a cependant affirmé que nul ne pouvait renoncer à son droit de déposer une plainte relative aux droits de la personne. Autrement dit, le fait d'avoir signé une libération n'empêchait pas M. Olmstead de présenter une telle plainte par la suite.

M. le juge Frederick Gibson a statué qu'il n'y avait aucune véritable question litigieuse en l'espèce. Il a donc accueilli la demande de jugement sommaire du procureur général et débouté M. Olmstead. Il a conclu que le demandeur n'avait pas renoncé à ses droits. Ce qui était en cause, selon lui, était une simple cessation d'emploi découlant du règlement conclu en juin 1990. Dans ses motifs, le juge Gibson a établi une distinction entre ce cas et les affaires citées par la Commission. Il a déclaré : « Je n'interprète pas la jurisprudence citée par l'avocat de la CCDP comme appuyant la proposition suivant laquelle l'expiration d'un contrat de travail à terme qu'une personne telle que le demandeur a conclu volontairement équivaut à une « renonciation » aux droits prévus dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. »

Compte tenu de ses motifs, le juge Gibson ne semble pas avoir appliqué les principes énoncés dans les cas de renonciation. En disant que la situation se résumait à « un contrat d'emploi conclu volontairement », il laisse entendre que les garanties assurées par la législation sur les droits de la personne ne s'appliquent pas aux contrats d'emploi. Un appel a été formé, car si la décision n'est pas contestée, elle risque de déclencher une avalanche d'autres décisions susceptibles de porter atteinte au caractère prépondérant de la législation sur les droits de la personne.

Religion

Dans l'affaire *Nijjar c. Lignes aériennes Canada 3000 Limitée*, un tribunal des droits de la personne a limité la protection contre la discrimination religieuse assurée par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* aux pratiques formellement imposées par les préceptes d'une religion.

Le 11 avril 1996, Balbir Nijjar s'est vu refuser la permission de monter à bord d'un avion des Lignes aériennes Canada 3000 parce qu'il portait le kirpan, dague cérémoniale des Sikhs. Membre initié de l'ordre Khalsa de la foi sikh, M. Nijjar devait porter le kirpan en tout temps. Il avait pris la précaution de se procurer un kirpan de voyage ayant une lame de trois pouces et un huitième de longueur. Il croyait être ainsi en règle parce que les politiques en vigueur permettent de

voyager avec un kirpan dont la lame ne dépasse pas quatre pouces de longueur. Les responsables de la compagnie aérienne l'ont cependant informé que la politique de Canada 3000 ne permettait pas aux passagers d'amener dans la cabine des objets ayant le potentiel d'infliger des blessures plus graves que les ustensiles de table utilisés à bord de l'avion. Parce que la lame du kirpan était plus acérée que celle d'un couteau de table, M. Nijjar n'a pas été autorisé à monter à bord.

Le tribunal a rejeté la plainte, estimant que M. Nijjar n'avait pas établi une preuve *prima facie* de discrimination. Il a conclu que le choix de kirpan fait par le plaignant tenait de préférences personnelles, et non pas de convictions religieuses, puisque la foi sikh ne prescrit ni un maximum ni un minimum de taille pour le kirpan.

Le tribunal a passé en revue les questions d'évaluation du risque et les mesures d'adaptation raisonnables. Il s'est servi d'une norme de « risque suffisant » fondée sur la probabilité et la gravité des blessures possibles, aboutissant à la conclusion qu'il est peu probable qu'une personne soit blessée par un kirpan à bord d'un avion. Quant à la gravité d'éventuelles blessures, le tribunal a accepté le témoignage de l'expert en médecine légale cité par Canada 3000, selon lequel un kirpan ayant une lame de moins de quatre pouces de longueur peut en fait infliger des blessures mortelles s'il est assez pointu, tranchant et rigide. Le tribunal a également tenu compte de l'environnement particulier d'un avion, où il n'est possible d'avoir accès ni à des services médicaux d'urgence ni à une assistance policière.

Même s'il était courant au Canada d'autoriser à bord des aéronefs les couteaux dont la lame ne dépassait pas quatre pouces, cette pratique ne peut pas être imposée aux compagnies aériennes, puisqu'il ne s'agit que d'une norme recommandée à l'industrie. Chaque compagnie est en définitive responsable d'appliquer ses propres normes de sécurité dans ses aéronefs. Le tribunal a donc conclu que Canada 3000 avait établi qu'un kirpan plus dangereux qu'un couteau de table pouvait présenter un risque tel pour la sécurité publique dans ses aéronefs qu'il aurait constitué une contrainte excessive.

Déficience

Le Tribunal canadien des droits de la personne a de nouveau été saisi de l'affaire *Mills c. Via Rail* en 1999.

John Mills travaillait comme chef cuisinier pour Via Rail quand il s'est blessé au dos dans l'exercice de ses fonctions. Il s'est absenté du travail de façon intermittente jusqu'en octobre 1990. Il a ensuite subi une autre blessure au dos en avril 1991 et s'est encore absenté du travail jusqu'en octobre 1991. Même si son propre médecin l'avait déclaré apte à travailler, le médecin de Via Rail a refusé de lui permettre de reprendre ses fonctions. Via a exigé qu'il aille voir un chirurgien orthopédiste. Le spécialiste a déclaré que M. Mills était atteint d'une incapacité d'environ 15 % et a noté que son travail de chef cuisinier lui imposait de

faire des mouvements susceptibles de provoquer d'autres douleurs lombaires. Le médecin de Via a alors déclaré M. Mills inapte à remplir ses fonctions de chef et a refusé de lui permettre de reprendre son travail. De plus, la société lui a offert une pension d'invalidité et lui a donné de la formation pour qu'il puisse occuper un emploi sédentaire, mais ne lui a jamais proposé de mesures d'adaptation dans son travail de chef.

M. Mills a présenté un grief. Le jour de l'audience d'arbitrage, Via Rail a convenu de le rétablir dans ses fonctions à certaines conditions et sans l'indemniser pour le salaire perdu. En juillet 1993, il est revenu au travail, mais la société l'a averti qu'il ne pouvait garder son emploi qu'à la condition que, pendant les deux années suivantes, son taux d'absentéisme ne soit pas supérieur au taux moyen des chefs de la région de l'Atlantique. Au cours des quinze mois suivants, M. Mills s'est absenté du travail à diverses occasions, par suite de blessures qui n'étaient pas reliées à son dos. Alors qu'il était absent de son travail pour cause de dépression, Via Rail l'a informé qu'il était congédié à partir du 7 octobre 1994 pour ne pas avoir respecté les exigences de présence énoncées dans la décision de l'arbitre.

M. Mills a déposé deux plaintes auprès de la Commission. Dans la première, il alléguait être victime de discrimination par suite du refus de Via Rail de lui permettre de revenir au travail en octobre 1991. Dans la seconde, il soutenait avoir été l'objet de discrimination lorsque Via Rail a mis fin à son emploi en octobre 1994.

Un tribunal a entendu la première plainte et rendu une décision en faveur du plaignant. Par la suite, la Cour fédérale a infirmé cette décision et renvoyé la plainte à un tribunal pour une nouvelle audition. En même temps, la Commission renvoyait la seconde plainte à un tribunal. Après l'audition simultanée des deux plaintes, un tribunal a rendu une décision en mai 1999.

Le tribunal en question a conclu que Via Rail avait fait preuve de discrimination envers M. Mills d'abord en l'empêchant de revenir au travail en 1991, puis en le congédiant en 1994. Selon le tribunal, la preuve produite n'appuyait pas l'allégation de l'intimée selon laquelle son action se basait sur une exigence professionnelle justifiée. Tout en convenant que la condition physique pouvait constituer une telle exigence, le tribunal a noté que Via Rail ne s'était servie d'aucune norme objective de condition physique s'appliquant au personnel des trains pour évaluer les aptitudes de M. Mills et que les avis médicaux sur lesquels l'intimée s'était fondée ne contenaient pas de précisions sur ce que le plaignant pouvait ou ne pouvait pas faire.

Comme preuve supplémentaire à l'appui de sa conclusion, le tribunal a noté que même si Via Rail avait initialement refusé de permettre à M. Mills de reprendre ses fonctions de chef cuisinier en raison de son état physique, elle avait par la suite changé d'avis après l'arbitrage. Bien que Via Rail

n'ait pas agi avec malveillance en refusant d'abord de laisser M. Mills reprendre son travail, la société n'a pas non plus fait preuve de bonne foi. En fait, elle n'a pas réussi à satisfaire aux éléments objectifs et subjectifs du critère de l'exigence professionnelle justifiée.

Selon le tribunal, s'il fallait admettre que la discrimination en cause s'était plutôt exercée d'une manière indirecte par suite d'un effet préjudiciable, l'intimée aurait eu l'obligation de prendre, en faveur de M. Mills, toute mesure d'adaptation n'entraînant pas de contrainte excessive pour elle, ce qu'elle n'a pas fait.

Au sujet de la nature et de l'étendue de l'obligation d'adaptation, le tribunal a déclaré qu'à son avis, « l'accommodation est d'ordinaire adaptée aux circonstances d'un individu et vise un employé précis. Ceci pourrait comprendre l'affectation d'une partie de la tâche d'un employé à un autre employé. Via a allégué que l'emploi de chef comporte des exigences auxquelles le cuisinier ou un autre employé à bord des trains ne pouvaient pas satisfaire. Je ne suis pas d'accord, parce que le témoignage apporté par l'autre chef convoqué comme témoin était que le chef et le cuisinier se partagent le travail à parts égales. Le chef était le superviseur du cuisinier et le travail pouvait être réparti pour correspondre aux compétences et aux capacités de chacun. La division des tâches de façon différente peut être une forme d'accommodation si elle n'entraîne pas de contrainte excessive pour l'employeur. »

En ce qui a trait à la seconde plainte, le tribunal a accepté l'argument avancé par la Commission d'après lequel M. Mills n'aurait jamais eu à accepter une réintégration conditionnelle si Via Rail n'avait pas, au départ, agi d'une manière discriminatoire. La discrimination faisant l'objet de la seconde plainte découlait directement de la sentence arbitrale, qui pénalisait M. Mills pour toute déficience. Le tribunal a noté qu'« il n'a pas été prouvé que Via avait une politique ou une norme en matière d'absentéisme médical qui étaient objectivement reliées au rendement au travail ». En se basant sur un taux moyen d'absentéisme pour mettre fin à l'emploi de M. Mills, Via a, par inadvertance, reconnu que d'autres employés avaient un taux d'absentéisme supérieur à la moyenne et n'étaient pas congédiés pour autant. Le tribunal a statué que rien ne prouvait que la décision arbitrale répondait à une exigence professionnelle justifiée ou que Via avait pris des mesures pour s'adapter aux besoins de M. Mills.

Le tribunal a ordonné que M. Mills soit réintégré dans ses anciennes fonctions de chef cuisinier avec pleine ancienneté, que Via lui verse tous les salaires et avantages perdus, y compris les prestations de pension perdues, avec intérêt sur une partie du salaire perdu et sans déduction des montants qu'il a reçus de la Commission des accidents du travail, des prestations d'assurance-emploi et des prestations de santé. Le tribunal a également accordé à M. Mills la somme de 3 000 $ à titre d'indemnité pour préjudice

moral et le remboursement de ses frais de médicaments et de soins médicaux et dentaires.

C'est dans l'affaire *Bernard c. Conseil scolaire de Waycobah* qu'un tribunal des droits de la personne a ordonné pour la première fois à un employeur de verser son plein salaire à une plaignante, à l'égard de pertes futures, jusqu'à ce qu'il puisse la réintégrer dans ses fonctions. La décision a été rendue par suite d'une plainte déposée par Janet Bernard, une Micmaque membre de la Première Nation de Waycobah. En mars 1993, la plaignante avait été engagée par le conseil scolaire comme secrétaire du directeur de l'éducation, puis réaffectée au poste de secrétaire à l'école primaire.

Le 26 octobre 1995, M^me^ Bernard a présenté aux élèves de l'école une conférence sur certains aspects de la spiritualité autochtone, dans le cadre de la célébration du Mois de l'histoire des Micmacs. Au cours de son exposé, certains des élèves faisaient du chahut et dérangeaient les autres. À un moment donné, M^me^ Bernard s'est approchée d'une élève et lui a dit qu'elle pouvait communiquer avec sa mère décédée. L'élève, très affectée, a quitté la salle avec un groupe d'amis et de parents. Peu après, le directeur de l'éducation est entré dans la classe, a interrompu l'exposé et demandé à la plaignante d'y mettre fin. Le lendemain, il lui a adressé une lettre de congédiement. Le relevé d'emploi joint à la lettre indiquait « maladie ou blessure » comme motif de cessation d'emploi.

M^me^ Bernard a déposé une plainte auprès de la Commission, alléguant que l'intimé avait fait preuve à son égard de discrimination fondée sur une déficience mentale perçue, en violation de l'article 7 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L'intimé a nié qu'une déficience mentale perçue ait joué un rôle quelconque dans la décision de congédier la plaignante, affirmant qu'elle avait été renvoyée pour une raison valable.

Dans cette affaire, le tribunal des droits de la personne devait déterminer, entre autres, si la décision de congédier la plaignante était soustraite à toute révision parce qu'elle avait été prise en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Bien que la *Loi* autorise le ministre à établir, diriger et entretenir des écoles pour les enfants indiens, il était difficile de trouver un lien réel entre la *Loi* et la décision prise par l'intimé de mettre fin à l'emploi de la plaignante. Le tribunal a donc conclu que le congédiement de M^me^ Bernard ne constituait pas une décision prise en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

De plus, il y a de nombreux témoignages non contredits établissant que les personnes chargées de recommander ou de prendre la décision de renvoyer la plaignante avaient l'impression qu'elle souffrait de maladie mentale. Ces témoignages appuyaient fortement les allégations de M^me^ Bernard.

La perception émanant de la collectivité selon laquelle la plaignante avait une maladie mentale ne peut excuser la

conduite du conseil scolaire. Même s'il était vrai que les parents ont menacé de retirer leurs enfants de l'école, l'intimé ne peut pas s'en prévaloir pour justifier sa propre conduite si les menaces étaient elles-mêmes fondées sur des motifs discriminatoires. Autrement dit, un intimé ne peut pas justifier une conduite discriminatoire en en rejetant le blâme sur d'autres.

Le tribunal a également trouvé à redire à la façon dont le conseil scolaire a mis fin à l'emploi de la plaignante. L'employeur a agi à la hâte, sans lui donner la possibilité d'expliquer sa conduite. Cela semble indiquer que le conseil scolaire était convaincu qu'elle avait une maladie mentale et qu'il ne servait à rien de discuter avec elle de l'incident.

Le tribunal a ordonné au conseil scolaire de verser à M^me^ Bernard une somme de 44 710 $ pour le salaire perdu, ainsi que des intérêts sur cette somme, et de lui offrir un poste de secrétaire à la première occasion raisonnable. Entre-temps, elle devait recevoir un montant hebdomadaire de 325 $, une indemnité de 5 000 $ pour préjudice moral et des excuses écrites dans les trente jours de la décision. L'intimé a également reçu l'ordre de verser une copie de la décision dans son dossier personnel et de payer les honoraires de son avocat.

Sexe

Si la décision d'un tribunal se fonde sur la preuve produite, une cour d'appel n'a pas à intervenir. Ce principe a été confirmé le 28 avril 1999 lorsque la Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté une requête par laquelle la Commission canadienne des droits de la personne demandait un contrôle judiciaire d'une décision d'un tribunal des droits de la personne.

Il s'agissait de la décision de 1998 dans l'affaire *Franke c. Forces armées canadiennes*, dans laquelle le tribunal avait statué que la preuve produite n'avait pas établi que le caporal Kimberley Franke avait été victime de harcèlement sexuel ou de discrimination fondée sur le sexe pendant qu'elle était membre des Forces canadiennes.

En 1991, M^me^ Franke était postée au bureau des transports de la Base des Forces canadiennes de Comox en Colombie-Britannique, où, d'après ses allégations, la conduite des officiers qui étaient ses supérieurs a créé un environnement de travail hostile. Elle a affirmé que plusieurs officiers lui avaient posé à maintes reprises des questions au sujet de ses sorties, avaient esquissé des gestes suggestifs, lui avaient montré une carte postale illustrant une femme aux seins nus et avaient fait des commentaires déplacés, par exemple, en la qualifiant de « *sexétaire* » et de « *Biker Mama* ». M^me^ Franke a déposé des griefs au sujet de ces incidents, mais ils ont été rejetés à tous les paliers.

M^me^ Franke a soutenu que, par suite de ces griefs, les Forces canadiennes l'avaient traitée différemment des autres employés, allant jusqu'à lui servir un avertissement écrit pour « insubordination » à cause de

son attitude envers les membres du comité de la tenue vestimentaire. Après que M^me^ Franke eut présenté sans succès des appels et échangé une importante correspondance avec ses supérieurs au sujet du harcèlement allégué, sa santé s'est détériorée au point où elle a été référée à un psychiatre militaire pour examen. Elle a ensuite demandé une libération volontaire des Forces canadiennes.

Par une majorité de deux voix contre une, le tribunal a conclu que le caporal Franke n'avait pas été victime de harcèlement sexuel et qu'elle avait déposé une plainte relative aux droits de la personne pour se venger de l'avertissement écrit qu'elle avait reçu pour insubordination. Le tribunal a rejeté la preuve produite par M^me^ Franke, jugeant qu'elle « tendait à exagérer et à se donner le beau rôle », et a statué qu'il n'y avait pas eu de traitement différent fondé sur le sexe parce qu'aucun lien n'avait été établi entre le harcèlement sexuel allégué et l'avertissement écrit donné.

Dans sa décision, la Cour fédérale a déclaré que la norme à appliquer dans le cas d'une demande de contrôle judiciaire est celle du « caractère raisonnable ». Pourvu que la décision s'appuie sur la preuve, la Cour n'a pas à intervenir.

La Cour a conclu que le tribunal avait appliqué le critère approprié à l'égard du harcèlement sexuel énoncé dans l'arrêt *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.* Pour prouver qu'il y a harcèlement sexuel, un plaignant doit démontrer que la conduite était importune, qu'elle était de nature sexuelle et qu'elle comportait un élément de persistance ou de répétition. Dans certaines circonstances, cependant, un seul incident peut suffire pour créer un climat de travail hostile.

M^me^ le juge Danièle Tremblay-Lamer a déclaré que la question de savoir si la conduite faisant l'objet de la plainte était importune dépendait en grande partie de questions de crédibilité. Même s'il n'est pas nécessaire d'établir dans tous les cas qu'un refus verbal a été exprimé, a ajouté la Cour, la plaignante doit néanmoins « établir, par exemple au moyen de son langage corporel ou en omettant à maintes reprises de répondre aux commentaires suggestifs, qu'elle a de quelque façon signalé à l'auteur du harcèlement que sa conduite était importune ». Dans la plupart des cas, cette détermination serait fondée sur la preuve et non sur la question de savoir si une « personne raisonnable » aurait trouvé la conduite importune. La Cour était d'avis que la preuve produite était suffisante pour appuyer la conclusion du tribunal selon laquelle M^me^ Franke n'a pas, à l'origine, considéré que la conduite constituait du harcèlement. Un examen de la transcription des témoignages montre qu'elle participait librement aux plaisanteries qui étaient échangées à la base militaire et n'avait jamais montré alors qu'elle en était offensée de quelque façon.

La Cour a noté que certains facteurs, comme la crainte de perdre son emploi, peuvent obliger un employé à endurer sans protester une conduite répréhensible. En pareil cas, la norme à appliquer en vue

d'apprécier la conduite est celle de la personne raisonnable dans les mêmes circonstances.

En ce qui concerne le deuxième élément du critère de l'arrêt *Janzen*, la Cour a convenu avec le tribunal que la conduite en question ne constituait pas du harcèlement. La preuve a démontré qu'il régnait une atmosphère de bonne camaraderie au bureau des transports de la base. On y faisait, à l'occasion, des plaisanteries et des commentaires à connotation sexuelle, auxquels M^me^ Franke participait volontiers.

Le juge Tremblay-Lamer a accepté le critère de la proportionnalité proposé par Maurice Drapeau dans *Le harcèlement sexuel au travail* : « ... plus la conduite est grave et ses conséquences manifestes, moins la répétition sera exigée; à l'inverse, moins la conduite est grave et ses conséquences manifestes, plus la persistance devra être démontrée ». La question de savoir si la conduite est suffisamment grave et persistante pour empoisonner le milieu de travail relève, dans le contexte, de la norme de la « personne raisonnable » objective. Une plaisanterie obscène, bien que de mauvais goût, ne constitue pas généralement en soi du harcèlement sexuel et pourrait difficilement créer un environnement de travail négatif. Dans certaines circonstances, cependant, un seul incident, comme une agression physique, peut suffire pour créer un environnement de travail hostile.

La Cour a souligné que la personne harcelée doit, si possible, aviser l'employeur de la conduite répréhensible. En ajoutant l'exigence de notification de l'employeur au critère de l'arrêt *Janzen*, la Cour a mis en évidence l'importance de l'équité et de la prévention. Plus tôt des mesures sont prises pour faire cesser la conduite donnant lieu au harcèlement, moins cette conduite est susceptible de causer une détérioration de l'environnement de travail.

La Cour a également estimé que beaucoup d'éléments de preuve appuyaient la conclusion du tribunal selon laquelle la plaignante n'avait fait l'objet d'aucun traitement discriminatoire par suite de sa plainte de harcèlement. La plainte de harcèlement sexuel « a de fait été déposée uniquement après que l'avertissement écrit pour insubordination eut été donné quatre mois après que les événements allégués eurent cessé ». Citant le témoin expert de la défenderesse, la Cour a convenu que la détérioration de l'état de santé du caporal Franke n'avait pas grand-chose à voir avec une forme de harcèlement sexuel.

La Cour fédérale a statué que la conclusion du tribunal était raisonnable et qu'elle ne devait pas être modifiée à la légère. Dans l'ensemble, la preuve étaye les conclusions du tribunal, à savoir que la conduite reprochée n'était pas en fait importune ou non voulue au moment où elle s'est produite et qu'elle n'était pas suffisamment grave ou persistante pour constituer du harcèlement sexuel.

Parité salariale

Le 19 octobre 1999, une décision de la Cour fédérale a mis fin à ce qui était alors la plus grosse et la plus longue cause liée aux droits de la personne en Amérique du Nord. M. le juge John Evans a confirmé la décision rendue par un tribunal des droits de la personne obligeant le gouvernement fédéral à verser à quelque 230 000 employés, comprenant essentiellement des femmes, des augmentations de salaire rétroactives s'étendant sur une période de treize ans. L'affaire *Alliance de la fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor du Canada* était axée sur la définition de la valeur du travail accompli par des hommes et des femmes dans des catégories professionnelles différentes.

Le différend concernant la parité salariale avait commencé en 1984 lorsqu'un groupe d'employés fédéraux s'était plaint des disparités salariales dans la fonction publique. Le gouvernement fédéral est l'un des plus gros employeurs de femmes au Canada, et la majorité d'entre elles sont représentées par l'Alliance. Cette dernière a déposé une plainte au nom des secrétaires, des commis, des préposés au traitement des données, des employés de bibliothèque, des employés de soutien de l'enseignement et du personnel hospitalier, alléguant qu'ils avaient été systématiquement sous-rémunérés, en contravention de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Cette plainte a mené, quelque temps plus tard, à la mise en œuvre de la plus importante étude syndicale-patronale dans l'histoire du Canada.

L'étude sur la parité salariale (Initiative conjointe syndicale-patronale) a permis d'évaluer plus de 3 000 postes appartenant à des groupes professionnels à prédominance masculine et féminine. Près de quatre ans plus tard, l'étude, qui avait révélé d'importantes disparités salariales entre hommes et femmes exécutant des fonctions équivalentes, avait abouti à une impasse.

En 1991, un tribunal des droits de la personne composé de trois membres a été formé pour examiner les plaintes. Il a fallu mettre sept ans pour mener à bien l'audition de la cause et en arriver à la décision, processus au cours duquel il y a eu 256 jours de débats et de témoignages. En 1996, le tribunal a conclu que l'étude sur la parité salariale constituait une base raisonnable pour déterminer les secteurs dans lesquels s'exerçait une discrimination salariale, confirmant donc la validité de l'étude et de ses résultats. Par la suite, le tribunal a été saisi de l'argumentation relative à la méthode de rajustement salarial, puis a rendu une décision en faveur de l'Alliance en juillet 1998. Le Conseil du Trésor a demandé un contrôle judiciaire de la décision, contestant la validité de la méthode de rajustement salarial proposée par la Commission. La Cour fédérale a rejeté la demande du gouvernement, faisant valoir que le différend avait duré beaucoup trop longtemps et avait coûté beaucoup trop cher à tous les intéressés.

La législation sur la parité salariale se base sur un principe fondamental : les hommes et les femmes devraient recevoir une rémunération égale s'ils exécutent des fonctions équivalentes. La Cour a affirmé que le Parlement avait conféré à la Commission et au Tribunal canadien des droits de la personne le pouvoir d'appliquer et d'interpréter ce principe, en se faisant aider par des experts au besoin, et de publier des lignes directrices et des ordonnances pour l'interprétation de l'article 11 de la *Loi*.

Le procureur général a soutenu que le tribunal avait commis une erreur en se fondant sur l'avis des experts. Toutefois, la Cour a estimé qu'en l'espèce, il était raisonnable et nécessaire pour le tribunal de s'en remettre aux experts pour interpréter la *Loi* et la preuve produite. La Cour a également statué que la preuve relative au contexte de l'affaire pouvait servir à l'interprétation de l'article 11, y compris les études concernant les stéréotypes relatifs au travail des femmes, la sous-représentation des femmes dans les emplois les mieux rémunérés ainsi que les politiques et les pratiques de rémunération de l'employeur mises en cause par une plainte donnée.

Selon le procureur général, la législation sur la parité salariale n'était conçue que pour remédier aux disparités directement attribuables au sexe. Soutenant que l'analyse effectuée dans le cadre de l'étude avait révélé des disparités salariales attribuables non seulement au sexe, mais aussi à des différences relevant des pouvoirs de négociation et des forces du marché, il s'est élevé contre une méthode de rajustement salarial ne tenant pas compte de ces autres facteurs.

La Cour a estimé que cette approche imposerait une interprétation trop étroite de dispositions législatives conçues pour avoir des effets réparateurs d'une portée générale. Le choix de la méthodologie analytique effectué par le tribunal était raisonnable, et cette méthodologie elle-même est compatible avec les méthodes utilisées dans d'autres domaines de compétence. De plus, la Cour a noté qu'il était impossible d'en arriver à une interprétation juste et raisonnable de la législation en essayant de faire la distinction entre la discrimination directement fondée sur le sexe et la discrimination indirecte découlant de facteurs systémiques et des forces du marché, sous l'influence de l'inégalité traditionnelle des deux sexes.

Compte tenu du contexte dans lequel l'article 11 est appliqué et a évolué, une interprétation qui imposerait que la discrimination soit exclusivement attribuable au sexe irait à l'encontre de l'objet de la *Loi* et, en particulier, de l'article 11. Selon le juge Evans, l'article 11 vise à remédier à la discrimination systémique : « ... en raison de la nature de la discrimination systémique, il est souvent difficile de prouver que la situation défavorable dans laquelle se trouvent de nombreux membres de groupes particuliers dans leur milieu de travail est fondée sur les caractéristiques reliées aux groupes

auxquels ils appartiennent. [...] la discrimination systémique [...] résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination [...] les politiques et les pratiques salariales d'un employeur peuvent être fondées sur des prémisses et des normes sociales tellement profondément ancrées, quant à la valeur des fonctions exécutées par les femmes, qu'il serait extrêmement difficile d'établir dans un contexte judiciaire que, le cas échéant, c'est en raison de leur sexe que les femmes reçoivent un salaire inférieur aux hommes qui exécutent des fonctions équivalentes. »

Le juge Evans a rejeté l'argument du gouvernement selon lequel le tribunal n'avait pas réussi à mesurer d'une façon appropriée les différences de salaire parce qu'il avait adopté une formule erronée pour comparer la valeur du travail exécuté par des femmes dans des catégories professionnelles à prédominance féminine au travail des hommes dans des catégories à prédominance masculine. Selon le procureur général, le tribunal avait commis une erreur en acceptant une méthodologie qui ne limitait pas la comparaison des taux de rémunération à des groupes professionnels entiers, comme l'exige l'article 15 de l'*Ordonnance sur la parité salariale*. La méthodologie adoptée permettait plutôt de fonder les comparaisons sur des fractions de groupes professionnels. Certains membres des groupes professionnels masculins de comparaison avaient été exclus de l'analyse parce que leur travail n'avait pas une valeur comparable à celle du travail de membres des groupes professionnels féminins.

Même en admettant que le tribunal avait peut-être commis une erreur en omettant de comparer les résultats groupe par groupe, le juge Evans a invoqué le pouvoir discrétionnaire qu'a la Cour d'accorder ou de refuser la réparation sollicitée pour accepter cet aspect de l'interprétation. Infirmer la décision du tribunal à cause d'une erreur retarderait d'une manière excessive le règlement du conflit.

En conclusion, la Cour avait deux grandes objections à élever contre les arguments du gouvernement. D'abord, l'approche adoptée par le gouvernement dans l'interprétation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et de *l'Ordonnance sur la parité salariale* est « trop abstraite : elle ne s'appuie pas suffisamment sur les réalités factuelles du contexte de l'emploi en cause, sur le témoignage de la batterie de témoins experts qui ont assisté la Commission et le tribunal ni sur les lois analogues en vigueur dans d'autres ressorts ».

En second lieu, l'argument du procureur général se fondait sur l'interprétation la plus étroite possible de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, de la définition de la parité salariale et des mesures à prendre pour combattre le problème des disparités salariales : « Le procureur général a trop souvent semblé considérer les dispositions pertinentes de la *Loi* comme un carcan qui

limite le tribunal, plutôt que comme un outil qui aide les organismes spécialisés à appliquer une solution aux problèmes, existant de longue date, de disparité salariale systémique découlant de la ségrégation des emplois selon le sexe et de la sous-évaluation du travail des femmes », a noté le juge. L'approche du gouvernement « ne tenait compte que pour la forme des avertissements servis par la Cour suprême du Canada selon lesquels la législation en matière de droits de la personne doit, de par sa nature quasi constitutionnelle, recevoir une interprétation large et libérale ». Peu après la publication de la décision, le gouvernement a annoncé qu'il ne ferait pas appel.

Cette décision confirme la valeur du travail accompli par la Direction de la parité salariale de la Commission ainsi que sa volonté de parvenir à des règlements systémiques des plaintes de disparité salariale. Elle a également des incidences positives sur les affaires de parité salariale en cours, qui mettent en cause le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest, Postes Canada, les Lignes aériennes Canadien International et Bell Canada. Dans chacune de ces affaires, les intimés ont cherché à limiter l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* en affirmant qu'elle n'a pas pour objet de remédier à la discrimination systémique.

Établissant clairement que le Tribunal canadien des droits de la personne avait pleine compétence pour juger ces questions, la Cour suprême du Canada a décidé en juillet de ne pas entendre l'appel de Bell Canada dans l'affaire *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Bell Canada*.

En 1998, M. le juge Francis Muldoon de la Section de première instance de la Cour fédérale avait donné son appui à une formule de calcul des rajustements paritaires. Il avait affirmé que le calcul des écarts salariaux devait se fonder sur des comparaisons entre emplois et non sur une approche plus vaste tendant à éliminer les disparités salariales entre emplois à prédominance masculine et féminine dans tout l'effectif de l'entreprise. Peu après, la Cour d'appel fédérale avait infirmé cette décision, estimant que le juge Muldoon avait outrepassé ses pouvoirs en définissant une méthode de calcul des niveaux de rémunération.

Lorsque Bell a tenté de porter ce jugement en appel, la Cour suprême du Canada, sans donner de motifs, a refusé d'entendre les arguments de la société, statuant qu'il appartenait au tribunal de décider de tout règlement relatif aux employés de Bell. L'affaire a donc été renvoyée à un tribunal des droits de la personne pour décision.

Le 15 décembre 1999, la Section de première instance de la Cour fédérale a statué que le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest n'avait ni pouvoir ni qualité pour contester la validité de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

La décision rendue dans l'affaire *Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest c.*

Alliance de la fonction publique du Canada et Commission canadienne des droits de la personne concernait l'audition par un tribunal des droits de la personne d'une plainte de disparité salariale contre les Territoires. Invoquant la *Déclaration des droits*, le gouvernement des Territoires a présenté une motion alléguant que le tribunal manquait d'impartialité parce qu'il était lié par l'*Ordonnance sur la parité salariale* adoptée par la Commission. Le tribunal ayant rejeté la motion, le gouvernement des Territoires a demandé un contrôle judiciaire de sa décision à la Section de première instance de la Cour fédérale.

La Commission a contesté le pouvoir du gouvernement des Territoires de demander un contrôle judiciaire, soutenant qu'il ne formait pas une entité distincte de la Couronne fédérale et qu'il n'était donc pas habilité à contester une loi fédérale. Pour lui, le fait d'essayer d'établir que la loi en question était contraire à la *Déclaration des droits* pour échapper aux responsabilités qui lui incombaient en vertu de cette loi est comparable à une situation où la Reine contesterait la validité d'une loi qu'elle aurait elle-même proclamée et qu'elle se serait expressément astreinte à respecter. L'avocat de la Commission a ajouté que la contestation par la Couronne de la validité d'une loi fédérale en vertu de la *Déclaration des droits* ne pouvait se faire que par renvoi à la Cour suprême du Canada, et non par voie de contrôle judiciaire.

M. le juge Jean-Eudes Dubé a convenu avec la Commission que les Territoires du Nord-Ouest n'agissaient encore que par simple délégation de pouvoirs du Parlement. Il a rejeté l'argument du gouvernement territorial selon lequel l'évolution des Territoires vers l'autonomie gouvernementale les plaçait sur un pied d'égalité avec les dix provinces du Canada et a statué qu'à titre d'entité relevant du Parlement, les Territoires du Nord-Ouest étaient liés par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L'avocat du gouvernement des Territoires du Nord-Ouest a fait appel de cette décision.

Messages haineux

Le 19 novembre 1996, la Commission a demandé la constitution d'un tribunal des droits de la personne pour déterminer si un site Web californien, appelé *Zundelsite*, exposait les Juifs à la haine, en violation de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. L'affaire *Citron c. Zündel* est l'une des premières tentatives visant à soumettre l'information diffusée sur Internet à la législation sur les droits de la personne. Depuis, Ernst Zündel a intenté une série d'actions destinées à empêcher l'audition de l'affaire. Nous présentons dans ce qui suit un compte rendu de quatre des plus récentes décisions rendues à cet égard.

En mars, la Section de première instance de la Cour fédérale a rejeté la demande de suspension d'instance de M. Zündel dans la décision *Zündel c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*. M. Zündel soutenait que les travaux du tribunal étaient frappés de nullité par suite de la décision rendue par M^me^ le juge Donna McGillis, en 1998, dans l'affaire *Bell*

Canada c. Association canadienne des employés de téléphone. Le juge McGillis avait statué que le Tribunal canadien des droits de la personne n'était pas assez indépendant de la Commission ni du gouvernement pour rendre des décisions impartiales. Des modifications apportées par la suite à la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ont permis depuis de créer un nouveau tribunal indépendant ayant gardé la même dénomination.

Dans sa décision concernant la motion de M. Zündel, la Cour fédérale a décidé de s'inspirer du raisonnement tenu dans l'affaire *Tribunal des droits de la personne c. Énergie atomique du Canada Limitée* : comme M. Zündel n'avait pas fait état de sa crainte de partialité à la première occasion raisonnable, il avait implicitement renoncé au droit de contester la structure du Tribunal canadien des droits de la personne. Les dispositions applicables de la *Loi* et la désignation des membres du Tribunal sont de notoriété publique. Pourtant, M. Zündel n'a contesté l'indépendance et l'impartialité du Tribunal qu'après la publication de la décision du juge McGillis. Même si M. Zündel n'avait peut-être pas conscience des conséquences juridiques de ces faits, il ne pouvait pas invoquer sa méconnaissance de la loi pour justifier le fait qu'il n'ait pas protesté dès le début des audiences.

Cette décision lève toute incertitude que la décision du juge McGillis aurait pu faire planer sur les affaires dont l'audition avait commencé avant la création du nouveau Tribunal.

En juin, la Cour fédérale a rendu la décision *Zündel c. Canada (Procureur général)*. Dans cette demande de contrôle judiciaire, M. Zündel a invoqué cinq motifs pour contester la décision de la Commission de demander la constitution d'un tribunal. Premièrement, il alléguait que la décision était viciée par suite d'une déclaration de Michelle Falardeau-Ramsay, alors vice-présidente de la Commission. Deuxièmement, le tribunal n'avait pas compétence pour examiner les plaintes parce que les documents placés sur le site Web sous forme de textes ou de graphiques n'impliquaient pas « d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone » comme le prévoit l'article 13 de la *Loi*. Troisièmement, le tribunal n'avait pas compétence parce que le serveur du site Web se trouvait hors du Canada. Quatrièmement, la Commission aurait dû rejeter les plaintes parce qu'elles étaient vexatoires et entachées de mauvaise foi. Cinquièmement, si le tribunal accueillait les plaintes, il porterait atteinte au droit à la liberté d'expression que la *Charte* confère à M. Zündel.

La première question était de savoir si les discours prononcés par la vice-présidente de la Commission avaient entaché de parti pris la décision de renvoyer les plaintes à un tribunal. Le thème général des discours était que les messages haineux menaçaient les droits de la personne et que la *Loi* comportait des dispositions plus appropriées et plus efficaces que le *Code criminel* pour y faire face.

Selon M. le juge John Evans, l'obligation d'impartialité des membres de la

Commission ne pouvait pas être stricte au point de les empêcher de combattre la discrimination en sensibilisant et en informant le public. La *Loi* exige que la Commission élabore et mette en œuvre des programmes d'information visant à sensibiliser le public aux droits de la personne et au principe de l'égalité. « Prononcer des discours devant le grand public et des groupes de professionnels sur des questions actuelles concernant les droits de la personne est un moyen très approprié pour les membres de la Commission, et en particulier pour la vice-présidente, d'assumer ces responsabilités plus vastes », a noté le juge.

La Cour a conclu que M^me^ Falardeau-Ramsay n'avait manifesté aucun parti pris pouvant justifier son intervention. M. Zündel n'a pas réussi à établir que les discours de la vice-présidente de la Commission prouvaient qu'elle avait l'esprit fermé lorsqu'elle a participé à la décision de renvoyer les plaintes à un tribunal. De plus, les discours avaient été prononcés avant le dépôt de la plainte contre M. Zündel et ils « étaient réfléchis et instructifs plutôt qu'incendiaires et démagogiques ».

Au sujet du deuxième point soulevé par M. Zündel, selon lequel la *Loi* ne peut pas s'appliquer à des textes écrits placés sur Internet, la Cour a conclu que l'expression « d'utiliser ou de faire utiliser le téléphone » devait être interprétée à la lumière tant de l'objet global de la mesure législative que des développements technologiques survenus après son adoption. On ne peut donc pas dire que l'interprétation de la Commission quant à l'application de la *Loi* à l'information diffusée sur Internet est dépourvue de fondement rationnel.

Au sujet du troisième point, l'extra-territorialité, le juge Evans était d'avis que la Commission disposait d'éléments de preuve suffisants pour lui permettre de conclure qu'un examen de la plainte par un tribunal était justifié. Il a déclaré que, au sens de l'article 13, une personne est responsable de la communication de renseignements placés sur un site Web étranger si elle contrôle effectivement le contenu de ces renseignements. Prétendre que ceux qui accèdent au site Web à partir de leur ordinateur puis font apparaître à l'écran les données qu'ils veulent voir sont responsables de la diffusion de cette information est un pur sophisme. En appliquant le même raisonnement, a dit le juge, on pourrait affirmer que c'est la personne qui lit un journal qui est responsable de la diffusion des articles, plutôt que les journalistes qui les ont écrits.

Au sujet du quatrième point, le fait que M^me^ Citron, qui avait à l'origine déposé une plainte contre M. Zündel, soit une adversaire déterminée de ce dernier et de ses prises de position n'est pas une preuve de mauvaise foi de sa part. De plus, le fait qu'elle n'ait pas réussi à le faire condamner pour des infractions criminelles à cause de ses publications ne signifie nullement que sa plainte est vexatoire.

Enfin, en ce qui concerne le cinquième argument de M. Zündel relatif aux droits

que lui confère la *Charte*, la Cour a jugé qu'il n'avait pas sa place dans une demande portant sur le contrôle judiciaire d'un renvoi à un tribunal. La Commission n'a pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité, en vertu de la *Charte*, des dispositions de la *Loi* concernant les messages haineux. La Cour ne peut donc pas annuler, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, la décision prise par la Commission de renvoyer la plainte à un tribunal sous prétexte que le fait d'invoquer l'article 13 contre M. Zündel porterait atteinte à son droit à la liberté d'expression. L'affaire devrait être entendue par un tribunal, qui a le pouvoir légal de déterminer si la Constitution permet d'appliquer les dispositions de la *Loi* concernant les messages haineux aux faits en cause. Par conséquent, le juge Evans a rejeté la demande.

Il s'agit là de la première décision reconnaissant que les activités de sensibilisation de la Commission canadienne des droits de la personne ne sont pas intrinsèquement incompatibles avec son obligation d'équité. La décision est également importante parce qu'elle suggère fortement que l'article 13 de la *Loi* s'applique à l'information diffusée au moyen du réseau Internet.

La troisième décision relative à cette affaire, *Zündel c. Citron*, a été rendue par la Cour fédérale en avril. M. Zündel alléguait qu'il existait une crainte raisonnable de partialité de la part de l'un des membres du tribunal, Reva Devins. M. le juge Douglas Campbell, de la Section de première instance de la Cour fédérale, a statué que la crainte de partialité découlait de l'appartenance antérieure de M^me^ Devins à la Commission ontarienne des droits de la personne, au moment où la Commission avait fait des déclarations aux médias applaudissant la condamnation au criminel de M. Zündel pour publication de fausses déclarations. La condamnation avait par la suite été infirmée.

Pour le juge Campbell, il était « tout à fait inapproprié » de la part d'un organisme tel que la Commission ontarienne de faire une déclaration qui « mine l'indépendance et la neutralité exigées de lui ». Toutefois, le juge a rejeté l'allégation de M. Zündel selon laquelle cette crainte de partialité rejaillissait sur tout le tribunal. La Commission canadienne des droits de la personne est partie à un appel interjeté contre cette décision devant Cour d'appel fédérale.

Enfin, en décembre 1999, la Section de première instance de la Cour fédérale a entendu un autre appel de M. Zündel. La décision *Zündel c. Sabina Citron et al.* concerne la crainte de partialité découlant des critères de compétence auxquels doivent satisfaire les membres du nouveau Tribunal canadien des droits de la personne.

Le nouveau tribunal a été établi, au printemps 1998, en vertu de modifications apportées à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Pour être admissibles comme membres du Tribunal, les candidats devaient « avoir une expérience et des

compétences dans le domaine des droits de la personne, y être sensibilisés et avoir un intérêt marqué pour ce domaine ». Moins d'un an plus tard, M. Zündel a présenté une demande de contrôle judiciaire contestant l'impartialité du Tribunal, en se basant sur les compétences exigées des membres en vertu de la *Loi* et, en particulier, sur le mot « sensibilisés ».

En décembre, M. le juge Douglas Campbell de la Cour fédérale a statué que les critères de compétence ne suscitent pas en soi une crainte de partialité suffisante de la part d'un tribunal pour invalider son action. Même si les membres du Tribunal canadien des droits de la personne doivent faire preuve d'une grande impartialité, la Cour a conclu [*Traduction*] « que le paragraphe 48.1(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* énonce tout simplement ce qu'on attend en général des personnes tenues de rendre des décisions impartiales : un niveau élevé de connaissance et de compréhension du sujet en litige. À mon avis, une personne bien renseignée ne saurait interpréter autrement le mot « sensibilisés » utilisé au paragraphe 48.1(2) de la *Loi*. »

C'est la première fois que cette disposition de la *Loi* est contestée pour de tels motifs. La décision interdira effectivement à l'avenir les contestations basées sur une crainte alléguée de partialité fondée sur les critères de compétence énoncés dans la *Loi*.

Questions de compétence et de procédure

Le principe de l'exception de chose jugée empêche-t-il une commission des droits de la personne d'enquêter sur une plaine de discrimination déjà rejetée à l'arbitrage? Dans deux affaires entendues simultanément, la Cour fédérale a examiné la question et a jugé préférable de laisser la Commission prendre ses propres décisions aux premiers stades administratifs du processus de traitement des plaintes. Les deux affaires en question sont *Société canadienne des postes c. Murray Nolan et la Commission canadienne des droits de la personne* et *Société canadienne des postes c. André Barrette et la Commission canadienne des droits de la personne*.

À trois occasions distinctes, entre 1984 et 1990, Murray Nolan, facteur travaillant depuis longtemps pour Postes Canada, a été reconnu coupable d'exhibitionnisme. Après sa déclaration de culpabilité de 1990, il a été condamné à trois mois de prison et a été renvoyé de son emploi. Ayant présenté un grief contre son congédiement, il a été rétabli dans ses fonctions en 1991, après un an de suspension.

En 1995, ayant encore une fois été déclaré coupable d'exhibitionnisme dans un lieu public, M. Nolan est renvoyé une deuxième fois. Postes Canada a déclaré que c'est parce qu'elle se souciait de sa réputation dans la collectivité qu'elle l'a congédié. M. Nolan a déposé un autre grief, mais, cette fois-là, l'arbitre a confirmé le renvoi. M. Nolan s'est alors décidé à

déposer une plainte auprès de la Commission canadienne des droits de la personne, alléguant que son employeur avait exercé contre lui une discrimination fondée sur une déficience, parce qu'il souffrait d'un trouble psychologique.

L'affaire dont la Cour fédérale était saisie mettait également en cause un autre employé de Postes Canada, André Barrette, surveillant dans un centre de traitement du courrier. En 1992, il a commencé à souffrir d'hypertension. De l'avis de ses médecins, son état de santé le rendait inapte à surveiller d'autres employés, ainsi que l'exigeaient ses fonctions. Postes Canada a pris des mesures d'adaptation en faveur de M. Barrette en lui confiant un autre poste où il gardait son statut d'employé à plein temps, mais perdait son ancienneté. Peu après, il a demandé à reprendre ses fonctions de surveillant. La Société a rejeté sa demande parce qu'elle n'était pas convaincue que M. Barrette était apte à s'acquitter de fonctions de surveillance. M. Barrette a par la suite déposé un grief. Ayant conclu que les faits qui avaient entraîné la mutation de M. Barrette n'avaient pas changé, l'arbitre s'est prononcé contre lui. Insatisfait du résultat, il a lui aussi déposé une plainte auprès de la Commission.

Postes Canada a demandé à la Commission de rejeter les deux plaintes, les délais prescrits étant dans les deux cas expirés. Toutefois, la Commission a usé du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'alinéa 41*e)* de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* pour accepter d'examiner les deux plaintes, même si elles avaient été déposées après l'expiration du délai prescrit.

La Cour devait se prononcer sur deux questions. D'abord, la Commission a-t-elle omis d'exercer en conformité avec la loi le pouvoir discrétionnaire que lui accorde l'alinéa 41*e)* d'enquêter sur les plaintes, même si elles ont été déposées plus d'un an après la perpétration des derniers actes discriminatoires sur lesquels elles étaient fondées? Ensuite, la Commission a-t-elle commis une erreur de droit en acceptant d'instruire des plaintes de discrimination déjà rejetées par sentence arbitrale?

Dans sa décision, M. le juge John Evans a noté que, lorsqu'il s'agit de contrôler l'exercice par la Commission de son pouvoir discrétionnaire, le rôle de la Cour était nécessairement très limité, surtout au stade préliminaire du processus. À son avis, la Cour n'avait pas à imposer à la Commission des normes strictes de procédure ni à scruter ses actions avant même qu'elle ait commencé à instruire les plaintes.

Comme la *Loi* autorise la Commission à recevoir des plaintes après l'expiration du délai d'un an, la Cour ne peut pas intervenir à la légère lorsque la Commission décide d'examiner une plainte. De plus, dans la mesure où l'objet de la *Loi* est de réduire l'inégalité, la Cour ne doit pas se hâter de conclure que la Commission a commis une erreur de droit en donnant une interprétation trop généreuse aux exceptions à son obligation législative de

recevoir les plaintes de discrimination. Un contrôle judiciaire plus serré serait justifié, cependant, si la Commission décidait de ne pas examiner une plainte. De même, l'obligation d'équité n'impose pas à la Commission de donner un exposé complet de ses motifs quand elle décide de mener une enquête.

Dans certaines circonstances, les arbitres du travail sont également habilités à examiner des griefs alléguant qu'un employeur a fait preuve d'une conduite discriminatoire contraire aux dispositions de la convention collective. La disponibilité de tribunes multiples a formé la base du principal argument de Postes Canada, selon lequel les plaignants ne cherchaient que l'occasion de plaider à nouveau leur cause après avoir perdu à l'arbitrage.

Dans son analyse de la situation, le juge Evans a considéré d'autres affaires dans lesquelles les juges s'étaient prononcés sur la possibilité pour un employé de plaider la même cause devant deux tribunes différentes. Ainsi, dans *Weber c. Ontario Hydro*, la Cour suprême du Canada a statué qu'une cour de justice n'a pas compétence pour examiner une cause dans laquelle un employé allègue que son employeur a porté atteinte à ses droits en vertu de la *Charte* si l'allégation se fonde sur une violation des dispositions de la convention collective et peut être débattue dans le cadre d'un arbitrage.

Le juge Evans a cependant estimé que les affaires en cause se distinguaient du cas *Weber*. Leur appliquer l'arrêt *Weber* reviendrait à empêcher à jamais la Commission de faire enquête sur une plainte ayant déjà fait l'objet d'une sentence arbitrale. Ce serait clairement une erreur, d'une part, parce que la Commission possède, dans le domaine des droits de la personne, des pouvoirs et des connaissances spécialisées que n'ont pas les arbitres et, de l'autre, parce qu'elle a le mandat législatif de combattre la discrimination.

Selon le juge Evans, une demande adressée à la Cour fédérale dans le but d'obtenir la suspension d'une instance avant même que la Commission n'ait entrepris son enquête est peu susceptible d'être approuvée. Si le législateur avait voulu donner à la Commission le pouvoir discrétionnaire de ne pas mener d'enquête lorsque le plaignant a déjà épuisé ses autres recours, il l'aurait sûrement dit expressément dans la *Loi* plutôt que de permettre à la Commission de statuer sur la question en vertu de la disposition relative à la compétence générale prévue à l'alinéa 41*c)* de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

L'article 41, a noté la Cour, expose les circonstances dans lesquelles la Commission peut refuser de statuer sur une plainte. Il a pour objet de lui permettre d'écarter les cas manifestement sans fondement. Il serait indûment onéreux d'imposer à la Commission, à cette étape préliminaire de la procédure, de procéder à l'enquête exhaustive qui pourrait être nécessaire pour déterminer s'il convient d'appliquer l'exception de chose jugée.

De l'avis de la Cour, la Commission ne peut pas refuser d'instruire une plainte parce que le plaignant a déjà reçu une sentence arbitrale défavorable. La demande de Postes Canada a donc été rejetée.

Cette décision établit clairement que les commissions des droits de la personne ont des compétences et un mandat qui font d'elles des tribunes de choix pour le règlement des plaintes relevant des droits de la personne. La Commission ne devrait pas refuser de statuer sur une plainte relative aux droits de la personne pour la seule raison qu'un arbitre a déjà rejeté une allégation de discrimination fondée sur les mêmes faits. Elle peut tenir compte des sentences arbitrales antérieures dans sa décision, mais elle conserve le droit d'user de son pouvoir discrétionnaire pour instruire une plainte, que celle-ci ait été rejetée par un arbitre ou que le plaignant ait décidé de ne pas déposer un grief.

Postes Canada a déjà interjeté appel auprès de la Cour d'appel fédérale.

En décembre, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a statué qu'un particulier ne pouvait pas poursuivre la Commission canadienne des droits de la personne en dommages-intérêts pour avoir refusé d'instruire une plainte relative aux droits de la personne.

Carol Ann Thibodeau avait intenté une action en Cour suprême de la Colombie-Britannique contre son ancien employeur, alléguant, entre autres, qu'elle avait été victime de harcèlement en milieu de travail. Dans l'exposé de sa demande, elle désignait également la Commission canadienne des droits de la personne comme défenderesse, apparemment parce qu'elle avait refusé d'instruire sa plainte. Les agents des droits de la personne avaient informé M^me^ Thibodeau que la Commission n'avait pas compétence pour recevoir sa plainte parce que son employeur était assujetti à la législation provinciale — et non fédérale — sur les droits de la personne.

L'avocat de la Commission a demandé à la Cour de radier la Commission comme partie à l'action ou de rejeter l'action intentée contre elle.

Dans sa décision, M. le juge Sherman Hood a estimé que la *Loi sur la Cour fédérale* n'interdit aux cours supérieures provinciales que de contrôler les décisions administratives d'organismes fédéraux. [*Traduction*] « La décision de la Commission fédérale, a noté le juge Hood, porte essentiellement sur la question de savoir si la plainte de la demanderesse concerne une question de compétence fédérale ou provinciale, sur la base de la répartition des pouvoirs législatifs déterminée par les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La décision n'a rien à voir avec l'application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. J'en conclus que cette Cour est habilitée à réviser la décision de la Commission selon laquelle elle n'aurait pas compétence pour examiner la plainte de la demanderesse. »

Le juge Hood a ensuite expliqué que si M^me^ Thibodeau souhaitait contester la décision devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, elle devait en faire la demande conformément à la *Judicial Review Procedure Act* de la province.

Enfin, la Cour a statué que M^me^ Thibodeau ne pouvait pas réclamer des dommages à la Commission pour avoir refusé d'instruire sa plainte et a rejeté l'action intentée contre l'organisme. Pour le juge Hood, il était « clair et évident » que l'action de M^me^ Thibodeau ne pouvait pas réussir et que l'exposé de la demande ne contenait ni revendication raisonnable ni question défendable. Il s'est fondé pour le faire sur la décision *Morgan c. la Reine* selon laquelle la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne crée pas un droit privé d'action en cas de violation par la Commission d'une obligation législative.

1. Aspects de l'égalité

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3.
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights), [1999] 3 R.C.S. 868.
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497.
M. c. H., [1999] 2 R.C.S. 3.
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203.

2. Âge

Olmstead c. Procureur général du Canada, [1999] T-126-98 (C.F. 1re inst.).

3. Religion

Nijjar c. Lignes aériennes Canada 3000 (1999), 36 C.H.R.R. D/76 (Tribunal canadien des droits de la personne).

4. Déficience

Mills c. Via Rail (1999), 35 C.H.R.R. D/127 (Tribunal canadien des droits de la personne).
Bernard c. Conseil scolaire de Waycobah (1999), D.T. 2/99 (Tribunal canadien des droits de la personne).

5. Sexe

Franke c. Forces armées canadiennes (1999), 34 C.H.R.R. D/140 (C.F. 1re inst.).

6. Parité salariale

Alliance de la fonction publique du Canada c. Conseil du Trésor du Canada, [1999] T-1698-98 (C.F. 1re inst.).
Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier c. Bell Canada, [1999] C.S.C.R. n° 1 (C.S.C.).
Gouvernement des Territoires du Nord-Ouest c. Alliance de la fonction publique du Canada et Commission canadienne des droits de la personne, [1999] T-2411-98 (C.F. 1re inst.).

7. Messages haineux

Zündel c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1999] 3 C.F. 58 (C.F. 1re inst.).
Zündel c. Canada (Procureur général), [1999] 4 C.F. 289 (C.F. 1re inst.).
Zündel c. Citron, [1999] 3 F.C. 409 (C.F. 1re inst.).
Zündel c. Sabina Citron et al., [1999] T-190-99 (C.F. 1re inst.).

8. Questions de compétence et de procédure

Société canadienne des postes c. Murray Nolan et la Commission canadienne des droits de la personne et *Société canadienne des postes c. André Barrette et la Commission canadienne des droits de la personne* (1998), 34 C.H.R.R. D/353 (C.F. 1re inst.).

Thibodeau c. the Canadian Human Rights Commission, [1999] C993716 (B.C. S.C.).

Liste des abréviations

B.C. S.C.	Supreme Court of British Columbia (Cour suprême de la Colombie-Britannique)
C.H.R.R.	Canadian Human Rights Reporter
C.F.	Recueils de jurisprudence de la Cour fédérale du Canada
C.F. 1re inst.	Cour fédérale, Section de première instance
C.S.C.	Cour suprême du Canada
C.S.C.R.	Cour suprême du Canada, Requêtes en autorisation de pourvoi
D.T.	Décisions du Tribunal
R.C.S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada